

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

**“LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE
FACILITACIÓN EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE
PASAJEROS Y MERCADERÍAS”**



**Tesis Doctoral:
Maximiliano Escobar Saavedra
Directora:
María Jesús Guerrero Lebrón**

ÍNDICE

Abreviaturas	9
Introducción	11

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS Y MERCADERÍAS

1.-	ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO EN EL DERECHO CHILENO	22
1.1.-	Concepto, elementos y naturaleza jurídica	22
1.2.-	Normativa jurídica aplicable	25
2.-	CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS	32
2.1.-	Concepto e intervinientes	32
2.2.-	Efectos del contrato de transporte aéreo de pasajeros en el Derecho chileno	34
2.2.1.-	Obligaciones y derechos del transportista	34
2.2.2.-	Obligaciones y derechos de los pasajeros	39
2.3.-	Características del contrato	41
2.4.	El contrato de transporte aéreo de pasajeros y su relación con el derecho de los consumidores	44
2.4.1.-	Aspectos generales	44
2.4.2.-	Aplicación de la normativa de consumidores en el contrato de transporte aéreo	53
3.-	CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE MERCANCÍAS	61
3.1.	Concepto e intervinientes	61
3.2.-	Efectos del contrato de transporte aéreo de mercancías en el Derecho chileno	62

3.2.1.-	Obligaciones y derechos del porteador	62
3.2.2.-	Obligaciones y derechos del cargador y del consignatario	65
3.3.	Características del contrato	66
4.-	LA DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO	69
4.1.-	Aspectos generales	69
4.2.-	El billete de pasaje	70
4.3.-	Tarjeta de embarque	77
4.4.-	El talón de equipaje	79
4.5.-	La carta de porte aérea o <i>ir waybill</i> (AWB)	86
4.5.1.-	Concepto y aspectos generales	86
4.5.2.-	Menciones e la carta de porte aérea	87
4.5.3.-	Emisión de la carta de porte aérea	89
4.5.4.-	Funciones de la carta de porte aérea	93
4.5.4.1.-	Consideraciones generales	93
4.5.4.2.-	La carta de porte aérea como prueba del contrato de transporte aéreo y sus condiciones	94
4.5.4.3.-	La carta de porte aérea como comprobante entrega de las mercaderías	95
4.5.4.4.-	La carta de porte aérea como título representativo de las mercaderías y título valor	97
4.5.4.5.-	La carta de porte aérea como mecanismo para ejercer o bloquear el derecho de disposición del expedidor	102
4.5.5.-	Naturaleza jurídica de la carta de porte aéreo	104

CAPITULO II
ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

5.-	CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COMERCIO ELECTRÓNICO	107
5.1.-	Cuestiones generales	107
5.2.-	Evolución e importancia del comercio electrónico	109
5.3.-	Los principios del comercio electrónico	113
5.3.1.-	Enunciación de los principios del comercio electrónico	113
5.3.2.-	Principio de equivalencia funcional	114
5.3.2.1.-	La equivalencia funcionan en la LMUCE	124
5.3.2.2.-	La equivalencia funcional en el Derecho chileno	125
5.3.3.-	Principio de la Inalteración del derecho preexistente	128
5.3.4.-	Principio de la neutralidad tecnológica	130
5.3.5.-	Principio de la buena fe	132
6.-	LA FORMACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	133
6.1.-	Consideraciones generales	133
6.2.-	La oferta	136
6.2.1.-	Aspectos generales de la oferta	136
6.2.2.-	Obligatoriedad de las ofertas realizadas por medios electrónicos	137
6.3.-	La aceptación	144
6.3.1.-	Aspectos generales de la aceptación	144
6.3.2.-	Aceptación Electrónica y Condiciones Generales de Contratación	145
6.3.3.-	Momento de la perfección del contrato electrónico	149
6.3.4.-	Lugar de perfección del contrato celebrado por medios electrónicos	157

7.-	LOS TÍTULOS DE CRÉDITO INFORMÁTICOS, ELECTRÓNICOS O TELEMÁTICOS	163
-----	---	-----

CAPÍTULO III
EFFECTOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ALGUNOS ASPECTOS
DEL TRANSPORTE AÉREO

8.-	LOS TÍTULOS DEL TRANSPORTE Y LA ELECTRONIFICACIÓN	172
8.1.-	Consideraciones generales	172
8.2.-	La <i>electronificación</i> del transporte en la LMUCE	173
8.3.-	Los documentos del transporte aéreo electronificados	175
8.3.1.-	Consideraciones generales	175
8.3.2.-	El billete de pasaje aéreo electrónico	175
8.3.2.1.-	Contenido y aspectos generales del e-ticket	175
8.3.2.2.-	Origen y desarrollo de e-ticket	177
8.3.2.3.-	Consecuencias jurídicas derivadas del empleo del billete electrónico	181
8.3.3.-	La tarjeta de embarque electrónica	184
8.3.4.-	La carta de porte aérea electrónica (e-AWB)	187
8.3.4.1.-	Consideraciones generales	187
8.3.4.2.-	Naturaleza jurídica del e-AWB	189
8.4.-	Los títulos representativos de las mercaderías y su naturaleza en torno <i>electronificado</i>	192
8.4.1.-	El caso del conocimiento de embarque electrónico	192
8.4.2.-	Las Reglas de Rotterdam. El aporte del Derecho marítimo en la desmaterialización de los instrumentos del transporte	196
9.-	EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO CELEBRADO ELECTRÓNICAMENTE Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	203
9.1.-	Consideraciones generales	203

9.2.-	La cláusula de impresión del billete de pasaje y la tarjeta de embarque emitidos electrónicamente	212
9.3.-	El problema de las cláusulas punto a punto	223
10.-	LA JURISDICCIÓN EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	225
10.1.-	Consideraciones generales	225
10.2.-	La jurisdicción en los Convenios Internacionales sobre transporte aéreo	230
10.3.-	Los problemas de las jurisdicciones del CV y el CM. Su relación con la contratación electrónica del transporte aéreo	234

CAPÍTULO IV
LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU ROL COMO FACILITADOR DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE AÉREO

11.-	CONSIDERACIONES GENERALES	242
12.-	LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO	243
12.1	Consideraciones generales	243
12.2	La colisión entre la identificación del pasajero y la protección de la privacidad. El caso de cooperación entre la Unión Europea y Estados Unidos	249
612.3	Referencia normativa al tratamiento de los derechos personales en el Derecho Chileno	253
13.-	LOS SISTEMAS INFORMATIZADOS DE RESERVA (SIR	256
13.1.-	Concepto, intervinientes y origen	256
13.2.-	Los SIR como elemento de la competencia en la industria aeronáutica	259

13.3.-	Regulación de los SIR	265
13.3.1.-	La experiencia en el Derecho comparado	265
13.3.2.-	La regulación de los SIR en Chile	274
13.3.2.1.-	La política aerocomercial chilena como cuestión previa	274
13.3.2.2.-	Régimen jurídico de los SIR en el ordenamiento chileno	279
14.-	EL MERCADO DE LA DISTRIBUCIÓN DEL TRANSPORTE AÉREO FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	282
14.1.-	Problemas actuales	282
14.2.-	El <i>New Distribution Capability</i> (NDC)	296
15.-	LA APLICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE AÉREO DE MERCANCÍAS. EL PROYECTO <i>E-FREIGHT</i> DE LA IATA	302
	CONCLUSIONES	311
	BIBLIOGRAFÍA	322

ABREVIATURAS

AWB	Air Waybill/Carta de Porte Aérea
CA	Código Aeronáutico Chileno
CC	Código Civil Chileno
CCo	Código Comercio Chileno
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CM	Convenio de Montreal
CNUUCECI	Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales
CV	Convenio de Varsovia
DEG	Derechos Especiales de Giro
DL	Decreto Ley
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DO	Diario Oficial
DUCI	Derecho Uniforme del Comercio Internacional
EDI	Electronic Data Interchange/Intercambio Electrónico de Datos
IATA	International Air Transport Association/Asociación Internacional de Transporte Aéreo
LFE	Ley 19.799 sobre Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma
LMUCE	Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico
LNA	Ley 48/1960 de Navegación Aérea Española
LPDC	Ley de protección de los derechos de los consumidores
LSSICE	Ley española sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
PH	Protocolo de la Haya
RR	Reglas de Rotterdam
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor Chileno
SIC	Securities and Exchange Commission
SIR	Sistema Informatizado de Reservas
UF	Unidad de Fomento

INTRODUCCIÓN

El mercado del transporte de pasajeros es una industria cuyo desarrollo observa un crecimiento exponencial desde la finalización de la segunda guerra mundial hasta nuestros días.

Si lo expresamos en cifras, consideremos que en 1945 viajaron por vía aérea 9 millones de pasajeros, lo que a ese minuto representaba menos del 0.5% de la población mundial¹. El panorama actual indica, según los datos revelados en por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), que aproximadamente 3.300 millones de pasajeros utilizaron la red de transporte aéreo mundial para satisfacer sus necesidades comerciales y de turismo el año pasado².

En Chile durante el mismo período, fueron transportados 17.241.292 pasajeros en vuelos nacionales e internacionales, lo que comparado con el mismo periodo del año 2013 representó un crecimiento de un 4,6%. De este total de pasajeros, 7.427.702 pasajeros corresponden a tráfico internacional y 9.813.590 a transporte nacional, lo que implica un crecimiento en comparación con igual periodo del año 2013, del 6,1% y del 3,6% respectivamente³.

El vertiginoso avance de las modernas tecnologías de la información y la comunicación, no puede resultar ajeno al negocio del transporte aéreo, el cual debe procurar que sus manifestaciones jurídicas contractuales alcancen los estándares necesarios para lograr la mayor certeza, rapidez y seguridad para quienes intervienen en ellas y para la industria en su conjunto. Una herramienta

¹ MENA RAMÍREZ, Miguel, "La protección del consumidor en el transporte aéreo. La experiencia peruana", en *"Estudios de Derecho aeronáutico y espacial"*, AAVV (FOLCHI, Mario, GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, MADRID PARRA, Agustín, coords), Marcial Pons, Madrid, 2008.

² Lo que cifra implicó un aumento del 5% comparado con 2013 y se espera que alcance más de 6 400 millones para 2030, de acuerdo con las proyecciones actuales. <http://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2014/COM.48.14.SP.pdf>. Última visita, 15 de julio de 2015.

³ <http://www.jac-chile.cl/estadisticas/informes-estadisticos-mensuales-del-trafico-aereo/estadisticas-ano-2014>, visita del 19 de febrero de 2015. Las últimas estadísticas indican que un total de 1.610.742 pasajeros fueron transportados durante el mes de julio de 2015, tanto en vuelos nacionales como internacionales, mostrando un incremento de 7,1% al ser comparado con el mismo mes de 2014. <http://www.jac-chile.cl/archivos/2436>, visita del 01 de septiembre de 2015.

jurídica que ha resultado sumamente efectiva para el desarrollo y difusión del transporte aéreo de personas y mercaderías ha sido el comercio electrónico⁴.

Por su carácter global, el comercio electrónico repercute necesariamente en el transporte aéreo nacional e internacional, produciendo cambios en la gestión competitiva de las empresas directamente relacionadas con la actividad y sus intermediarios. En efecto, esta es una de las industrias en las que el empleo de medios y documentos en forma electrónica ha sido deseado y promovido.

Desde que se empezó a utilizar con fines comerciales la tecnología del intercambio electrónico de datos (EDI⁵), a principios de los años 70, la actividad del transporte aéreo, ya sea de pasajeros o de mercancías, ha quedado situada entre las que naturalmente se espera estén destinadas a incorporar el uso de las

⁴“Pocas manifestaciones del poder de la creatividad humana han transformado a la sociedad de un modo tan intenso y vertiginoso, como lo han hecho internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la última década. El comercio y los negocios electrónicos están entre sus más promisorias aplicaciones, capaces de ofrecer nuevos caminos de participación en el mercado global, nuevas posibilidades para la diversificación de las economías sociales, y nuevos y mejores trabajos para los jóvenes”. *E- Commerce and Development Report*, 2003, United Nation Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2003, UNCTAD/SDTE/ECB2003/1; CAPALDO, Griselda D., “El Transporte Aéreo en la Sociedad de la Información”, AAVV, *Homenaje a Miembros Eminentes*, Instituto Iberoamericano del Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Madrid. 2006, p 85.

⁵Intercambio Electrónico de Datos (Electronic Data Interchange), en sentido “específico” se define como un sistema telemático de intercomunicación de datos o de documentos normalizados, entre aplicaciones informáticas de los miembros de asociaciones o sectores previamente definidos. EDI cubre los aspectos funcionales del servicio, técnicos, organizativos, comerciales y administrativos, así como el mantenimiento, la formación y el soporte del sistema. En un sentido “genérico” adquiere hoy una perspectiva posible, trabajando para su resolución sobre entornos de red, con formatos, lenguajes y plataformas de internet, que favorecen la universalidad de los sistemas de contratación, a través de métodos de encriptado y certificados de autenticación, que basados en la confianza del sistema resuelven los problemas de seguridad, confidencialidad y autenticación, pero cuya regulación legal completa está aún por llegar. BARRIUSO RUIZ, Carlos; *La Contratación Electrónica*, Dykinson, Madrid, 2006.

La ley modelo sobre comercio electrónico de la UNCITRAL define a EDI en el art 2º letra b) como “la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”. Vid además, MADRID PARRA, Agustín; “EDI (Electronic Data Interchange): Estado de la Cuestión en UNCITRAL”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 207, Enero-Marzo, 1993, Madrid.

nuevas tecnologías, casi como si tal paso se entendiese parte de su normal y esperada evolución⁶.

Hoy en día, la aplicación de las nuevas tecnologías en el transporte aéreo van desde su uso en vuelo, como lo indica por ejemplo el hecho de que las aeronaves vayan equipadas con computadores a bordo que sirven a los tripulantes para enviar y recibir información de su interés sobre rutas, condiciones de vuelo, datos meteorológicos, entre otros; hasta su uso en tierra para que los pasajeros pueden consultar por Internet vuelos disponibles, sus tarifas y horarios, realizar compras de sus billetes, confirmar sus reservas, chequearse en línea, elegir asiento, obtener la tarjeta de embarque y canjear millas, entre otras prestaciones, además de todos los servicios a bordo que son posibles gracias a su utilización.

Al incorporar a su proceso productivo las tecnologías de la información, las compañías aéreas crean nuevos modelos de negocios ofertando sus productos en todo el mundo convirtiéndose en compañías globales, y muy importante para su gestión, logran de forma exitosa disminuir los costos asociados que involucran sus procesos productivos⁷.

Un estudio realizado el año 2013 denominado “Volando hacia el futuro”⁸ por la consultora tecnológica *Society International of Telecommunications Aeronautical* (SITA), identificaba cuatro tendencias que dominarían la industria del transporte aéreo en un futuro inmediato: un comportamiento de compra marcado por la masificación de Internet y el uso de dispositivos móviles; un empoderamiento de los pasajeros que buscarán tener un mayor control sobre su experiencia de viaje a través del auto-servicio; una necesidad de que los servicios de atención al cliente

⁶ Según veremos, en el transporte aéreo las nuevas tecnologías empezaron a utilizarse en forma temprana. En efecto, los transportistas comenzaron a introducir la informática en los canales de distribución a finales de los años sesenta del siglo pasado

⁷ MORILLAS JARILLO, María José, “La Contratación Electrónica en el Transporte Aéreo”, en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, AAVV (MADRID PARRA, Agustín, Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2007, p.120.

⁸ http://static.hosteltur.com/web/uploads/2013/09/Volando_hacia_el_futuro_cuatro_tendencias_que_dominaryAn_en_2015.pdf

estuvieran a disposición de quienes los requirieran en móviles y redes sociales; y un mejor conocimiento del negocio y del cliente.

Podríamos afirmar que gracias a la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y en concreto, de la contratación electrónica, se ha logrado desarrollar la industria del transporte aéreo a niveles insospechados hace algún tiempo. Se ha permitido facilitar la operatividad de los procesos y formas contractuales a que da origen su actividad, haciéndola cada vez más competitiva frente a otros medios de desplazamiento.

En relación a lo expresado, digamos que la facilitación del transporte es uno de los temas que cada día cobra más importancia y más puntos a discutir dentro de la agenda de desarrollo de las economías de países de regiones emergentes. En tal sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha señalado que los servicios logísticos y de transporte constituyen uno de los mayores desafíos para el desarrollo económico y social de la región y de cada uno de los países, considerando que el sector del transporte (aéreo, marítimo y por carretera) y la logística en su conjunto, representan una proporción significativa del producto interno bruto (PIB) en estas naciones (superior al 10% según diversas estimaciones)⁹.

El concepto de facilitación nace al constatar que la distribución efectiva de los bienes comercializados al consumidor final o el tráfico de personas, podrían verse afectados a causa de eventuales problemas relacionados con el movimiento físico de los objetos transportados. Por este motivo surge la certeza de que sería conveniente coordinar un conjunto de acciones orientadas a “facilitar” dicho movimiento.

⁹URIBE María Angélica , MAXWELL Paul, ULLOA, Maricel, PÉREZ SALAS Gabriel, “La facilitación del transporte bajo el prisma de las reglas de Rotterdam”, *Boletín FAL*, División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, n°3, 2010, p. 1. Disponible en www.cepal.org/transporte, visita del 20.02.2014.

Aplicar este concepto al transporte, y, en concreto al transporte aéreo, implica reducir los tiempos y costos logísticos asociados a los movimientos de personas y carga, con el fin de generar una mayor competitividad y productividad de la economía, sin por ello descuidar los aspectos sociales, jurídicos o ambientales involucrados.

De lo anterior se desprende, que el ámbito de acción de la facilitación del transporte aéreo debe considerar tanto los flujos físicos, como los monetarios y los documentales, a nivel nacional o internacional, según cual sea el espacio en que se desarrolle el contrato.

Este proceso puede verse dificultado por la multiplicidad de intervinientes en las cadenas del transporte aéreo, por la carencia de una visión de largo plazo en la industria y por la ausencia de una participación activa y continua de todos los actores institucionales y privados involucrados.

Los principales obstáculos que impiden alcanzar una coordinación efectiva, compartida y participativa en este ámbito, pueden ser agrupados en los siguientes factores¹⁰:

- la multiplicidad de entidades de gobierno, legislaciones y normativas con ámbitos de acción y finalidades distintas, muchas veces incluso contrapuestas y definidas sólo en función de las necesidades de un único organismo que dificultan la integración de procedimientos administrativos y la agregación de valor a las cadenas logísticas;
- la introducción de los operadores logísticos que demandan un nuevo tipo de normativas y procedimientos que incorporen y hagan explícitas las responsabilidades de cada uno de los actores de la cadena logística;

¹⁰ “La facilitación del transporte bajo el prisma de las reglas de Rotterdam”, Boletín FAL n°283, n°3/2010, disponible en <http://www.cepal.org/Transporte/noticias/bolfall/7/39797/FAL-283-WEB.pdf>, visita del 13 de diciembre de 2014

- la falta de una visión coordinada al interior de los gobiernos, que consensuada con el sector privado en función de la competitividad y productividad de la economía, permita resolver las asimetrías existentes entre modos de transporte y usuarios, impidiendo mejorar por tanto la competitividad nacional.

La facilitación del transporte aéreo debe comprender un conjunto de medidas tendientes a lograr la amortización de barreras para el movimiento físico de los objetos transportados, lo que unido a un adecuado manejo de la logística, puede implicar que la gestión del flujo de bienes y personas (nacional o internacionalmente transportados), lleve a reducir costos directos e indirectos de la cadena del transporte mediante la simplificación y armonización de los procedimientos para la contratación y, necesariamente, de la documentación utilizada por esta industria.

En la búsqueda de este objetivo, los Estados deben abandonar la condición pasiva que muchas veces asumen en virtud del rol subsidiario en el orden económico actual. Por el contrario, será de su cargo promover e incentivar la adopción de protocolos e instrumentos, tanto técnicos como jurídicos, que permitan materializar los objetivos que por medio de la facilitación del transporte se pretende alcanzar.

Esta línea de acción adquirirá una mayor importancia para las economías en transición y en vías de desarrollo al momento que tomen conciencia de que el desarrollo de la industria del transporte es uno de los factores que puede impulsar el crecimiento de sus economías al fomentar el comercio.

Puede argumentarse entonces que la facilitación del comercio, entre la que se encuentra la industria del transporte aéreo, debe formar parte de la política económica nacional.

A este respecto podemos citar los esfuerzos que se están llevando a cabo en Chile donde, conscientes de la necesidad de dar cumplimiento a las normas sobre facilitación, principalmente el Anexo 9 de la Convención Sobre Aviación Civil Internacional en materia de transporte aéreo, se estableció por Decreto Supremo n° 165 del Ministerio de transporte y telecomunicaciones (de 16 de julio de 1980) la creación de una Comisión Nacional de Facilitación del Transporte Aéreo, con objeto de hacer más expedita la aeronavegación internacional, especialmente en la aplicación de las leyes sobre inmigración, aduanas, sanidad y despacho.

Se fijó como objetivo de esta comisión el estudio, proposición y promoción a través de los organismos competentes, de las medidas tendientes a simplificar los requisitos y trámites relacionados con el transporte aéreo internacional de personas, mercancías y correo, sin perjuicio de otras medidas que estime convenientes. La Comisión tenía como función especialmente: a) proponer las medidas pertinentes para la aplicación de las normas y métodos recomendados en el Anexo 9 al Convenio de Aviación Civil Internacional y su adecuación a la legislación nacional; y b) realizar consultas y preparar acuerdos con los organismos equivalentes de otros Estados, a fin de dar solución armónica a problemas comunes sobre esta materia.

Sin perjuicio del impulso por parte de la autoridad, que llevó al establecimiento de la comisión, a más de 30 años de su formación, podemos afirmar que aún falta mucho por avanzar en la materia, sobre todo en el campo de la regulación jurídica.

Otra iniciativa que podemos destacar en el marco de la agenda normativa es aquella que desde el año 2008 lleva a cabo anualmente el Servicio Nacional de Aduanas, y que se definió como medida N° 19: la propuesta de modificaciones al Decreto de Hacienda N° 298/99 o Reglamento de la Ordenanza de Aduanas con el fin de simplificar y actualizar el régimen de presentación del manifiesto de carga en el transporte de mercancías.

Se ha estimado necesario modificar la citada ordenanza de aduanas con el fin de incorporar normas relativas a la presentación electrónica de documentos, ya que si bien actualmente los textos legales nacionales contemplan la tramitación electrónica, su referencia es acotada, lo que genera el inconveniente que frente a determinadas situaciones, como por ejemplo el plazo para la presentación de esta documentación, se aplique la solución que la norma considera para la presentación manual de documentos, lo que desvirtúa el objetivo que se tiene al permitir el proceso electrónico que por su propia naturaleza debiera ser más rápido que el manual. De esta forma se estima conveniente establecer normas que permitan al Director Nacional de Aduanas, considerando el medio de transporte y el tipo de operación, reducir los plazos establecidos para la tramitación de este tipo de documentos

Conforme lo hemos expresado, para desarrollar la industria del transporte aéreo resulta fundamental la utilización de las modernas tecnologías de la información y de la comunicación. El EDI, constituye sin lugar a dudas una poderosa herramienta para reducir costos, tanto para el sector privado como para las administraciones del sector público, y, desde luego, en el campo del comercio internacional, debido a las diferencias en las prácticas comerciales y administrativas, culturales e idiomáticas, además del hecho insoslayable de que en estas operaciones se agrupa a un significativo número de participantes entre los cuales figuran, pasajeros, transportistas, cargadores, consignatarios, agentes de aduanas, bancos, aseguradoras y agencias gubernamentales, entre otros intervinientes.

No obstante lo anterior, y a pesar de las ventajas que implica la utilización de la contratación electrónica en los procesos del transporte aéreo, no se puede desconocer que su uso encierra potenciales riesgos al ir creando una dependencia excesiva de estos medios y exponiendo potencialmente al operador del transporte y a los usuarios a eventuales peligros como la utilización de información confidencial de la compañía o de los datos personales de los clientes o

empleados, la introducción de virus informáticos en los sistemas de las líneas aéreas, la posibilidad de que se produzcan defraudaciones, o la pérdida o falsificación de datos, etc.

El escenario descrito no hace sino incentivar la investigación que nos hemos propuesto realizar, toda vez que la utilización de la informática y del comercio electrónico en el transporte aéreo, implica una nueva realidad jurídica que no sólo facilita la industria haciéndola más competitiva, sino que además fija un nuevo marco para la celebración de los contratos a que da lugar esta forma de transporte, para establecer las obligaciones de las partes, y para hacer exigibles el cumplimiento de sus derechos.

Lo anterior necesariamente nos lleva a constatar la existencia de un régimen jurídico propio de esta forma de contratación, y a analizar la manera en que ésta afecta a un sector específico, en concreto, al Derecho aeronáutico y particularmente al contrato de transporte aéreo de personas y de mercaderías.

En el marco del presente trabajo, intentaremos determinar si los sistemas telemáticos de transmisión de datos y registros informáticos, son idóneos para proporcionar la confianza que requiere la industria, cumpliendo la función de facilitar la transmisión de ciertas informaciones referentes al vínculo contractual y las cargas legales de las partes, y garantizando la autenticidad e inalterabilidad del contenido de los registros computarizados.

El objeto de estudio que nos hemos propuesto, consiste en investigar desde el punto de vista del Ordenamiento chileno, de su marco jurídico positivo, doctrinario, y, cuando nos sea posible, la realidad empírica de los efectos que siguen a la utilización de las nuevas tecnologías y en particular de la contratación electrónica, aplicadas al contrato de transporte aéreo de pasajeros y de mercancías, con el fin de determinar las consecuencias que se derivan de incorporarlas en el régimen normativo aplicable al sector en materia de,

obligaciones y derechos de las partes, protección a los consumidores, cuestiones de competencia, sistemas informatizados de reserva y documentación electrónica, procurando analizar la forma que permita dotar al Ordenamiento de una regulación que no sólo reconozca, sino que también fomente el uso de las nuevas tecnologías como herramienta que tienda y permita alcanzar satisfactoriamente la necesaria facilitación de la industria del transporte aéreo de personas y pasajeros.

Para ello partiremos de una premisa que ya hemos ido esbozando, cual es, que todos los intervinientes de la cadena del transporte aéreo pueden verse afectados ante la ralentización de los procesos que tienen lugar a partir de la celebración de un contrato de transporte aéreo de personas o mercaderías y que, el uso de las nuevas tecnologías puede morigerar estos riesgos para la industria. Ello nos llevará a realizar un estudio en que analicemos las implicancias que en el orden jurídico pueden tener lugar a partir de su aplicación.

Se hace necesario para nuestro propósito, explorar el marco normativo existente y ponderarlo en forma adecuada, proponiendo, para cuando sea el caso, soluciones que tiendan a favorecer la facilitación del transporte a partir de la utilización de las nuevas tecnologías y que nos permitan determinar:

- cuáles son los instrumentos adecuados para realizar correctamente la contratación del transporte aéreo en un entorno electrificado;
- cuál es el estándar normativo que se requiere para alcanzar mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información niveles adecuados de facilitación en el transporte aéreo;
- cuáles son las soluciones jurídicas que posibilita a la industria del transporte aéreo mejorar su competitividad frente a otros medios de transporte.

Especial interés nos merecerán aquellos instrumentos jurídicos que proporcionen reglas jurídicas relativas a la utilización de las nuevas tecnologías en

el transporte aéreo, y muy particularmente aquellas que guarden especial relación con el tratamiento normativo de la contratación electrónica.

Para cumplir con el propósito trazado al abordar el desarrollo de la presente investigación y a fin de explicar su estructura, en una primera parte intentaremos contextualizar al lector en la realidad jurídica actual del Derecho del transporte aéreo en Chile (normativa objeto de nuestra investigación) y fijar el marco jurídico en que se desenvuelve. A este efecto se tratan los aspectos generales del transporte aéreo, su naturaleza en cuanto contrato, la legislación aplicable, sus características y los efectos derivados del mismo, para después analizar la documentación a que da origen.

Lo que pretendemos en estos epígrafes es sentar las bases que permitan desarrollar posteriormente el objetivo propuesto: determinar el sentido, alcance y desarrollo que la utilización de las nuevas tecnologías en el transporte aéreo importa para su régimen jurídico contractual.

Apostamos por el método comparado como la manera adecuada de afrontar esta investigación, por cuanto en algunas situaciones nos encontraremos con que las construcciones jurídicas aceptadas en el Derecho chileno, tanto legislativas como doctrinarias, son diversas a la tendencia internacionalmente aceptada en el Derecho del transporte aéreo, lo que incide de manera directa en la forma de entender y aplicar posteriormente determinadas construcciones jurídicas, produciendo particularismos nacionales, en instituciones que por naturaleza tienden a ser globales. Las diferencias en esta materia sólo llevan a una auto-exclusión del sistema internacional.

Las instituciones propias del Derecho del transporte aéreo no escapan a este fenómeno, ni aún en la aplicación de realidades universales como lo han sido el reconocimiento de las nuevas tecnologías en el desarrollo normativo.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS Y MERCADERÍAS

1.- ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO EN EL DERECHO CHILENO

1.1.- Concepto, elementos y naturaleza jurídica

Existen distintas definiciones doctrinarias de lo que se entiende por contrato de transporte aéreo. En el Derecho español, Alberto Díaz Moreno lo ha definido señalando que: *“es aquel por el cual una persona se obliga, a cambio de un precio, a trasladar de un lugar a otro, por aire, bien a otra persona, bien a determinadas cosas”*¹¹. En la doctrina nacional chilena, Eduardo Hamilton define a este contrato como *“aquel en virtud del cual uno se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, pasajeros o mercaderías ajenas y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas”*¹².

La definición legal del contrato de transporte aéreo en el Derecho Chileno, se encuentra en el art. 126 del Código Aeronáutico (CA)¹³, el cual señala que *“el contrato de transporte aéreo es aquel en virtud del cual una persona, denominada transportador, se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, pasajeros o cosas ajenas y a entregar éstas a quienes vayan consignadas”*. De esta definición podemos determinar que los elementos de este contrato de transporte son:

- Los intervinientes del contrato. Ellos son el transportista o porteador aéreo, que es la persona natural o jurídica, que en forma habitual o aislada, se obliga a efectuar el transporte¹⁴; y el pasajero¹⁵, cargador¹⁶ o cliente, quien es aquel que contrata con el transportador aéreo.

¹¹ DÍAZ MORENO, Alberto, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, AA.VV (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, coord.), Editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2006, p. 528.

¹² HAMILTON, Eduardo, “Manual de Derecho Aéreo”, 2ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 436.

¹³ Ley 18.916, Diario Oficial de 08 de febrero de 1990.

¹⁴ “Porteador, transportador o transportista es el que contra la obligación de conducir, sea persona natural o jurídica, de un lugar a otro, bien la personas, bien las cosas que recibe, concertando el

- El objeto del contrato. Consiste en la obligación de conducir que recae sobre la persona del transportista, contrayendo una obligación de resultado¹⁷, puesto que se compromete a realizar el transporte y no sólo a la puesta a disposición de los medios para que el viaje pueda efectuarse¹⁸. Es decir, se obliga a trasladar una persona, su equipaje o una cosa desde un punto a otro, y a entregarlos en destino, en las mismas condiciones en las que las recibió al inicio del transporte.

contrato de transporte y asumiendo las obligaciones que del mismo derivan. La persona del porteador puede no ser coincidente con la del propietario de la aeronave, ni aún siquiera con la del operador de la misma". MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El contrato de transporte aéreo internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, p. 27. Sobre el concepto de porteador véase: EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, *"El concepto de porteador en el transporte de mercancías"*, Editorial Comares, p.287 y sgts.

¹⁵ Pasajero: *"Cualquier persona transportada o que haya de ser transportada en una aeronave con el consentimiento del porteador"*, MAPELLI LÓPEZ, Enrique, op. cit. p. 28.

¹⁶ Hamilton lo define como: "El que encarga la conducción por cuenta propia o ajena". HAMILTON op.cit.p.436. VIDELA ESCALADA señala que es quien encarga al transportista el traslado de las mercancías de un lugar a otro y se compromete a abonarle por ello un precio determinado y, por consiguiente, la relación contractual se liga entre ellos desde el momento de la formación del acto VIDELA ESCALADA, Federico, *Derecho Aeronáutico*, Zavallá Editores, Buenos Aires, 1973, p. 431.

¹⁷ Antiguamente la doctrina y la jurisprudencia asignaban a la responsabilidad del porteador de pasajeros en el caso de accidente naturaleza extracontractual, pues consideraban que la obligación contractual del transportista se limitaba al desplazamiento del pasajero de un lugar a otro dentro del plazo convenido, y que en el caso de que se produjeran daños de algún tipo en el pasajero la vía adecuada para su reclamación era la prevista en la responsabilidad aquiliana, por tratarse ésta en opinión de los defensores de esta teoría, de una normativa de orden público y considerar que asistía mejor a la víctima. Esta tendencia cambia a partir de una importante Sentencia de la Corte de Casación francesa de 21 de noviembre de 1911 en que se reconoció la existencia de una obligación de seguridad en el contrato de transporte de personas, cualquiera fuera la vía empleada, teoría que posteriormente se ha expandido al resto de los Ordenamientos europeos y a los de raíz romano-germánica como el Ordenamiento chileno. En tal sentido, GUERRERO LEBRON, María Jesús, *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 99.

Sobre la especialidad del régimen jurídico de la responsabilidad del transportista aéreo se ha justificado, por los riesgos propios de la navegación aérea, fenómenos naturales y ajenos a la voluntad humana, y que juegan en ella un papel superior al que desarrollan en los demás medios de transporte. Las catástrofes aéreas han sido muchas veces espectaculares y llamativas, pero, si a su respecto se aplicaran estrictamente los principios jurídicos de la responsabilidad que proclama el resarcimiento integral de los daños, podría ponerse en peligro el fenómeno mismo del transporte aéreo, al hacer inviables económicamente las compañías dedicadas a este tipo de actividad. DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad Civil Extracontractual*, Thompson Reuters, 2011, p. 422

¹⁸ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, *Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros*, Marcial Pons, 2013, p. 32

- El medio empleado para realizarlo, ya que la conducción por vía aérea, que es consustancial a este tipo de contrato, se lleva a cabo mediante el uso de aeronaves¹⁹.
- El precio o remuneración, es decir, la contraprestación en dinero que el usuario debe pagar al transportador a cambio del servicio recibido.
- El objeto de la conducción: lo transportado. Debe versar sobre pasajeros o mercaderías ajenas al porteador. En el Derecho chileno tal exigencia emana del art. 126 del CA, que expresamente señala que lo transportado son “cosas ajenas”. Sin perjuicio de la importancia que ambos puedan revestir para el comercio y la economía en general no cabe duda que el núcleo del sector aeronáutico corresponde al transporte de pasajeros²⁰.

En cuanto a su naturaleza jurídica, las tendencias más modernas lo consideran como un contrato de arrendamiento de obra, puesto que el empresario transportador aéreo se compromete a una obligación de resultado consistente en el desplazamiento incólume de la persona o cosa hasta el lugar de destino.

¹⁹ El art. 27 del CA, la define como *“todo vehículo apto para el traslado de personas o cosas y destinado a desplazarse en el espacio aéreo, en el que se sustenta por reacción del aire con independencia del suelo”*.

En el Derecho internacional no existe un concepto de aeronave. Petit Lavall indica que ni el Convenio de Varsovia (CV), ni el Convenio de Montreal (CM) definen que es aeronave, siendo necesario por tanto remitirse al Anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944. PETIT LAVALL, en *Derecho Aéreo y del Espacio*, AAVV, Marcial Pons, 2014, p.665.

En el Derecho español, el art. 11 de la Ley de Navegación Española (LNA), en su nuevo texto, redactado por el apartado uno del artículo 51 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (B.O.E. 17 octubre) con vigencia a partir del 17 octubre 2014, establece que: *“Se entiende por aeronave:*

a) *Toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores.*

b) *Cualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra”*.

²⁰ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “El Transporte Aéreo de Pasajeros” en *Derecho Mercantil*, decimoquinta edición, vol. 8º, AAVV (JÍMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo, DÍAZ MORENO, Coords.), Marcial Pons, 2014, p. 588.

No obstante lo anterior, entre el arrendamiento de obra y el transporte existen diferencias que impiden identificarlos, como por ejemplo, que en el transporte de cosas el porteador asume la custodia de las cosas porteadas, elemento que no encontramos en el arrendamiento de obra. Por lo tanto consideramos que la naturaleza jurídica de este contrato tiene un carácter *sui generis*, diferente de otras figuras contractuales mercantiles, que lo hacen autónomo, especial y típico.

Respecto a la mercantilidad del contrato de transporte aéreo, debemos indicar que en el Derecho chileno esto no es asunto resuelto. De hecho, dentro de la numeración del art. 3°CCo, que indica cuales son los actos de comercio para el Ordenamiento Chileno, no se encuentran reconocidos como tales, la actividad del empresario de transporte aéreo, ni los contratos a que da lugar esta forma de transporte.

Lo anterior lleva a concluir a un importante sector de la doctrina nacional chilena que la aviación comercial y las empresas de transporte desarrollan una actividad civil²¹. Con todo, la ausencia de una referencia expresa en el artículo 3° del Código se explica necesariamente por la época en que fue promulgado (1865), sin que fuera objeto de una reforma posterior que subsanara esta situación²².

1.2.- Normativa jurídica aplicable

La legislación chilena sobre el transporte aéreo intenta conciliar los múltiples intereses, muchas veces contrapuestos, que existen entre los portadores, los pasajeros, los cargadores y los consignatarios que prestan estos

²¹ PUGA VIAL, Juan Esteban, *“El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional”*, Editorial Jurídica de Chile, Edición 2013, p.198.

²² En el Derecho español ocurre similar situación ya que el CCo español data de 1885. Sin embargo, la mercantilidad del transporte aéreo es resuelta por la doctrina aplicando el art 349 del CCo, que considera mercantil el transporte cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos del comercio. PETIT LAVALL, María Victoria, “El contrato de transporte aéreo de mercancías” en *Tratado de Contratos*, Tomo V, AAVV (Bercovitz Rodríguez –Cano, Rodrigo, Dir.), Tirant Lo Blanch Valencia, 2009, p. 5431.

servicios o se valen de este medio para desplazarse o para remitir las mercaderías. En el Derecho chileno la fuente básica es el CA²³, particularmente en los artículos 126 al 154, 161 a 164 y 171 a 176.

²³ El CA consta de 203 artículos, distribuidos en XIII títulos y un título preliminar. El título VIII trata “De los Contratos Aeronáuticos” y se distribuye en cinco capítulos:

-Capítulo I “Del Arrendamiento de Aeronaves”;
-Capítulo II “Del Fletamento de Aeronaves”,
-Capítulo III “Del intercambio de Aeronaves”;
-Capítulo IV “De la Hipoteca y de los Privilegios”,
-Capítulo V “Del Contrato de Transporte Aéreo”, en este último capítulo están tratadas las normas sobre cabotaje o transporte aéreo interno, artículos 126 a 141, distribuidas en tres párrafos. El primero de ellos trata “Del transporte de pasajeros” (arts. 131 a 133), el párrafo 2º trata “Del transporte de equipajes” (arts. 134 a 136), y el párrafo 3º trata “Del transporte de mercaderías” (arts. 137 a 141). Destacamos el Título IX “De La Responsabilidad Aeronáutica”, que en su Capítulo I trata “De la responsabilidad en el transporte aéreo”, en los artículos 142 a 154, normas de las que podemos sintetizar que:

- en caso de muerte o lesiones el art. 143 CA consagra el período de responsabilidad que comprende desde el momento en que el pasajero se encuentre a bordo de la aeronave o durante la operación de embarque o desembarque, el art 144 CA fija el límite indemnizatorio para el porteador al establecer que: la indemnización estará limitada a una suma que no excederá de cuatro mil unidades de fomento (UF)*, por muerte o lesión de cada pasajero (inc. 1º). No obstante, podrá estipularse una suma superior a la señalada en el inciso precedente (inc. 2º); el art.146 se refiere a la posibilidad del transportista de exonerarse de su responsabilidad si a) el daño producido se debe al estado de salud del pasajero (síndrome de clase turista); b) si la víctima del daño fue quien lo causó o contribuyó a causarlo; c) si el daño es consecuencia de un delito del que no sea autor un tripulante o dependiente del transportador o explotador, el art. 175, establece un plazo de año contado desde que la nave llegó a destino o desde que el transporte fue interrumpido, según sea el caso;
- en caso de Retraso: el art 147 CA fija límite 250 UF por cada pasajero, sin perjuicio de la causal de exoneración del inc. 2º de la que se puede aprovechar el porteador si prueba que ha adoptado todas las medidas necesarias para evitar el hecho causante del retardo, o que le fue imposible adoptarlas;
- en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje: -el art. 148 CA establece un límite de 40 UF por cada pasajero, lo que debemos entender sin perjuicio de la posibilidad que las partes avalúen convencionalmente la indemnización mediante el pago de un precio adicional que obligue al transportista responder hasta el valor real de los equipajes transportados (150 CA inc. 1º). El art. 152 prescribe a propósito del transporte de equipajes (y de mercadería), que el período de custodia comprende aquél durante el cual los equipajes permanecen bajo el cuidado del transportador en un aeródromo, a bordo de una aeronave o en otro lugar cualquiera en el evento de un aterrizaje fuera de un aeródromo. El art 153 se refiere a la extinción de responsabilidad del porteador aéreo (no regula la exoneración de la misma a propósito del equipaje), el que no responderá si el pasajero no formulare protesta inmediatamente después de haber notado las faltas o averías o dentro de los 7 días siguientes a la recepción del equipaje. En caso de retraso, el plazo para realizar la protesta se extiende hasta los 21 días siguientes a contar de la fecha en que el equipaje haya sido puesto a disposición del pasajero (inc.4º, presunción de buena entrega).

* La UF es una medida reajutable basada en la variación del Índice de Precios al Consumidor, (IPC). El Ministerio de Hacienda de Chile, en su Decreto Supremo nº 40 del 2 de enero de 1967, creó la Unidad de Fomento asignándole un valor reajutable inicial de cien escudos, que era la moneda de curso legal de la época. En aquel entonces, el valor de la UF se reajustaba el primer

En un primer momento, y hasta antes de la promulgación del CA, la legislación aplicable al transporte aéreo, interno o internacional, era objeto de una regulación que se encontraba absolutamente fragmentada, y que era complementada por las reglas del Derecho común, civil o mercantil.

En el inicio de la regulación normativa, específicamente en el año 1931, el transporte aéreo nacional estuvo regido por el Decreto con Fuerza de Ley (DFL)²⁴ n° 221 sobre Navegación Aérea y posteriormente por el Decreto Ley (DL)²⁵ n° 1.286 de 1975, además de la normativa sobre arrendamiento del transporte que viene recogida hasta nuestros días en el Código de Comercio (CCo).

El gran desarrollo de la industria aeronáutica dejó a la vista una serie de vacíos legales, ambigüedades y anacronismos de las normas que hizo necesario dictar un nuevo cuerpo normativo que fuese sistemático, moderno y armónico con el régimen del transporte internacional. A fin de remediar la situación descrita se promulgó el CA que derogó expresamente el DFL. N°221 y el DL. N°1.286.

día de cada trimestre según la variación del IPC del trimestre anterior. Posteriormente, el Decreto Supremo n° 280 del 12 de Mayo de 1975 estableció que la UF pasaría a reajustarse en forma mensual. Por su parte, el Decreto Supremo n° 613 del 14 de julio de 1977 estableció que su valor se reajustaría en forma diaria a partir del 1° de Agosto de dicho año.

En la actualidad, según las normas del Banco Central y mediante el acuerdo 05-03-900105 del 08 de enero de 1990, la UF continúa reajustándose en forma diaria, siendo calculada a principios de cada mes para el período comprendido entre el día 10 de dicho mes y el día 9 del mes siguiente, de acuerdo a la tasa promedio geométrica de la variación del IPC del mes anterior. La variación del IPC del mes anterior será la que determine mensualmente el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o el organismo que a futuro lo pueda reemplazar. A este momento, 1UF equivale a 40 U\$ aprox.

²⁴ Para el Ordenamiento Chileno, los DFL son: *“Cuerpos normativos que emanan del Presidente de la República y que recaen sobre materias legales, en virtud de una delegación de facultades del Parlamento, o bien para fijar el texto refundido, coordinado o sistematizado de las leyes”*, http://www.bcn.cl/ayuda_folder/glosario, visita del 15 de marzo de 2013.

²⁵ Un DL es: *“La actividad legislativa de los gobiernos en períodos de anormalidad constitucional, consistente en una norma que dicta el Ejecutivo sobre materias propias de una Ley, sin que en ellos intervenga el Poder Legislativo”*, http://www.bcn.cl/ayuda_folder/glosario, visita del 15 de marzo de 2013.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que según mandata el art. 6 del CA, a falta de disposiciones expresas en dicho cuerpo de leyes, habrá que recurrir a las reglas del Derecho común.

Por aplicación supletoria del Derecho común debemos entender tanto a las disposiciones pertinentes del CCo referidas al transporte marítimo y al transporte terrestre, como al Título XXVI del Libro IV, Párrafo X del CC, denominado “*Del arrendamiento de transporte o de servicios*”, arts. 2013 al 2021 (y que no obstante su general aplicación, algunas veces otorga soluciones que pugnan con las instituciones del Derecho aeronáutico moderno), a los usos y costumbres de la actividad del transporte aéreo y a los principios generales del Derecho.

En Derecho internacional uniforme, importantes modificaciones han ocurrido en los últimos años que han afectado directamente al Derecho chileno.

Hasta hace algún tiempo se aplicaba en nuestro país el Convenio de Varsovia (CV) y su Protocolo Modificadorio de La Haya de 1955, ambos suscritos y ratificados por Chile e incorporados a su Derecho interno por el DL N° 2.381, publicado en el Diario Oficial (DO), de 13 de Agosto de 1979. Además, Chile había suscrito el protocolo N°4 de Montreal de 1975 que, entró a regir el 30 de diciembre de 2008, en virtud de Decreto n° 261 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 3 de noviembre de 2008, todo ello con el fin de subsanar el retraso de la legislación chilena sobre la materia.

Con fecha 19 de Mayo de 2009, se publicó en el DO el Decreto n°56 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual Chile ratificó el “*Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional*”, o Convenio de Montreal de 1999 (CM), con lo que dicho tratado ha pasado a ser ley en Chile siendo obligatoria su aplicación en los propios casos que el tratado dispone²⁶.

²⁶ De esta manera Chile actualizó su legislación relativa al transporte aéreo, homologando su normativa con países tales como, Estados Unidos, los integrantes de la Unión Europea, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, México y una serie de naciones Latinoamericanas, con las cuales en su

El CM viene a reivindicar la pretendida unidad normativa del Derecho del transporte aéreo internacional. Ya en la década de los años 20 del siglo pasado, los países de la comunidad internacional observaron la necesidad de uniformar las reglas que lo regían al transporte aéreo internacional. De allí que en 1929 se adoptó el CV al que muchos países (incluyendo Chile) se adhirieron, y que sentó las bases fundamentales que de un modo u otro se han mantenido hasta la actualidad.

Sin embargo, los avances que se registraron en el mundo fueron conduciendo a la necesidad de modificar aquellas reglas. Se produjo una gran dispersión de normas, pues podía ocurrir que un país signatario del CV no hubiera aprobado jamás los distintos instrumentos que lo fueron sucesivamente enmendando a fin de que no quedara obsoleto, perdiéndose entonces la “unificación” que estaba en el centro de este trabajo multilateral²⁷.

En ese escenario, un nuevo esfuerzo mundial permitió la discusión y adopción de un nuevo tratado, el cual no funcionaría ya como una modificación de las normas existentes, sino como una convención autosuficiente. El 28 de mayo de 1999, la Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico celebrada por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y a la que asistieron 544 delegados de 123 Estados y 11 Organizaciones Internacionales, aprobó el CM,

mayoría ha suscrito tratados de libre comercio atendida su calidad de economía abierta. No obstante lo anterior, no pierden interés las disposiciones del CV, pues, si los países implicados en un incidente aéreo han ratificado el CV, pero sólo uno de ellos ha ratificado el CM, la normativa a aplicar seguirá siendo el CV.

²⁷ Entre estos esfuerzos encontramos el Protocolo de la Haya de 1955, el Convenio Complementario de Guadalajara de 1961, el Protocolo de Guatemala de 1971 y el Protocolo de Montreal n° 5, el cuales entró a regir en Chile a partir del 30 de diciembre de 2008 según se ha expresado (*Vid* n° 3.1 de este trabajo). Además acogándose al art. 22.1 del CV, se firmaron acuerdos privados entre compañías aéreas (sin perjuicio del mismo ámbito geográfico), que después quedaban incorporados al contrato a través de una referencia en el billete de pasaje. Destacan entre ellos el Acuerdo de Montreal de 1966 y los Acuerdos IATA de 1995 (Miami y Kuala Lumpur). GUERRERO LEBRON, María Jesús, “*La responsabilidad...*” op.cit. p. 39 a 50.

nuevo convenio que ha sido descrito como un hito en la modernización del Derecho aeronáutico internacional²⁸.

²⁸ KOTAITE, Assad, *“Transporte Aéreo Internacional. Convenio de Montreal”*, AAVV (FOLCHI, Mario, dir.), ALADA, Buenos Aires, 2002, p. 15.

Como una simple sistematización de los hitos más significativos del convenio podemos mencionar que desde el punto de vista de la materia, el CM es aplicable respecto del transporte internacional de personas, equipaje o carga efectuado en aeronaves a cambio de una remuneración, aplicándose además al transporte gratuito efectuado por aeronaves por una empresa de transporte aéreo, según lo dispone el art. 1° párrafo 1° de la Convención.

Desde la perspectiva territorial y de acuerdo al párrafo 2° del referido art. 1°, el carácter de transporte internacional está dado a su vez por una de dos hipótesis. En primer lugar, es internacional el transporte que tiene como puntos de origen y destino un mismo país parte de la CM, siempre que exista una escala en país extranjero, aunque este último país no sea parte de la CM. De igual forma, es internacional el transporte que tiene como puntos de origen o destino dos países distintos, siempre que ambos sean parte de la CM. Los puntos de origen y destino están dados por el billete de pasaje o la carta de porte aérea según se trate de transporte de pasajeros o de carga y siempre se debe considerar el itinerario completo y no el tramo específico en que ocurra el hecho generador de responsabilidad. A partir de lo anterior el cambio más relevante que se observará con la adopción de este nuevo instrumento es que prácticamente todos los transportes de pasajeros que salen de Chile y cuyo pasaje contempla el regreso a esta país (que es como vuela la generalidad de los pasajeros Chilenos) quedará regido por la CM.

En cuanto a la responsabilidad por daños personales a los pasajeros en caso de accidente, el CM viene a establecer dos estratos. El primer estrato, para reclamaciones que no sobrepasen los 131.000 derechos especiales de giro (DEG, valores actualizados el 2009), es una responsabilidad *cuasi* objetiva, puesto que el transportista sólo podrá exonerarse total o parcialmente de responsabilidad si prueba que la persona que pide la indemnización o de quienes proviene su derecho ha causado o a contribuido con su negligencia u otra acción u omisión indebida a la producción del daño (arts. 20 y 21.1 CM). El segundo estrato de responsabilidad corresponde al daño que exceda los 131.000 DEG por pasajero, en tal caso la CM se limita a reconocer al transportista la posibilidad de exonerarse si prueba que el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o de sus dependientes o agentes, o si prueba que el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero (art 21. 2 CM), con lo parece establecer un régimen de responsabilidad subjetiva con culpa presunta. *Vid* al respecto, GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, ob. cit. p. 173 a 176. En cuanto a la responsabilidad por retraso en el transporte de pasajeros y para el caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje, véase p.202, 203 y 237 a 240 respectivamente;

En el régimen de responsabilidad del transporte de mercancías, en lo que se refiere a los daños o pérdida de la carga, se ha pasado de un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba y limitada, aunque con excepciones (CV 1929), a un sistema de responsabilidad objetiva y limitada sin excepciones (CM). Mientras en el CV originario se establecía la posibilidad de que el transportista se exonerara de toda responsabilidad en el caso de que probara que había actuado con la diligencia exigible para haber podido evitar el daño, en la CM el transportista responde en todo caso, excepto si prueba la concurrencia de alguna de las causas tasadas que recoge el art. 18.2. *Vid* MARTÍN, Jesús de Paz, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. De Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Marcial Pons, 2006, p. 143.

En materia de competencia de los tribunales, la creación de la llamada “quinta jurisdicción”, que viene a agregarse a las cuatro provenientes del Sistema Varsovia-La Haya”, y que se refiere a los países cuyos tribunales son competentes para conocer las acciones incoadas bajo las normas de la CM. Hasta ahora las cuatro jurisdicciones existentes eran: el tribunal del domicilio del transportista, o el de su oficina principal, o el del lugar en que tuviera una oficina por cuyo conducto se hubiera celebrado el contrato respectivo, o el tribunal del lugar de destino del transporte. La quinta jurisdicción corresponde al del Estado en que el pasajero tiene su residencia principal y permanente en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios

Evidentemente, un proyecto de esta naturaleza no fructificaría sin la participación amplia de la comunidad internacional con miras a poder lograr la ansiada unificación de las reglas aplicables. A más 10 años de su entrada en vigor a nivel mundial (año 2004), puede considerarse que ambos objetivos se han alcanzado, y la entrada en vigencia del CM en Chile a partir del 19 de mayo de 2009, fecha de publicación del decreto n°56 del Ministerio de Relaciones Exteriores, es una nueva prueba de ello²⁹.

Como una tercera fuente no podemos soslayar el importante rol que desempeña la IATA³⁰ en la búsqueda de la uniformidad de las reglas del transporte aéreo, por medio de la difusión de resoluciones y prácticas recomendadas³¹.

Existen muchos aspectos del transporte aéreo que no han sido objeto de regulación en los textos internacionales, ni en las legislaciones nacionales que se han ocupado de la materia, sin que ello obste a que exista una amplia uniformidad

de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial (art 33 párrafo 2° CM). La forma en que ha sido reconocida esta quinta jurisdicción ha sido extensamente criticada, y, en tal sentido, a la opción escogida por los redactores del CM se la ha reprochado su escasa utilidad, ya que, según algunos, el número de pasajeros que podrá acogerse a ella será relativamente pequeño. Se critica además que el modelo adoptado es excesivamente complicado y que hubiere sido preferible consagrar el mismo esquema contemplado en el Protocolo de Guatemala, e incluso se ha denunciado que la reforma implantada sólo perseguiría que los norteamericanos puedan litigar en su propio país. Al respecto, *vid* GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “*La responsabilidad...*”, op. cit., p. 355.

Por último, en cuanto al derecho de indemnización, el CM mantuvo el plazo de dos años, que fija el CV para intentar las acciones (aunque este utiliza el término “caducidad” en el art 29), contados a partir de la fecha de llegada a destino o del día en que la aeronave debería haber llegado, o de la detención del transporte (35.1). La forma de calcular ese plazo se determinará por la ley del tribunal que conoce el caso (art 35.2 CM).

²⁹ Anteriormente con fecha el 29 de mayo de 2008, había ingresado a la Cámara de Diputados el mensaje del Poder Ejecutivo, instando a un proyecto de acuerdo que aprobara la Convención de Montreal, posteriormente el proyecto que aprobaba el CM entró en su última fase de tramitación constitucional ante la Cámara de Senadores, para pasar a ser ley de la república con fecha 19 de mayo 2009.

³⁰ International Air Transport Association (Asociación Internacional de Transporte Aéreo), que agrupa a 265 compañías aéreas que representan el 94% del transporte aéreo de pasajeros en el mundo.

³¹ Estos instrumentos carecen de valor normativo en sentido estricto, pero tienen eventualmente una eficacia reguladora derivada de su aceptación, fenómeno que se conoce como autorregulación. GÓMEZ PUENTE, Marcos, “*Derecho administrativo aeronáutico. Régimen de la aviación y el transporte aéreo*”, IUSTEL, 2006, p.184.

a nivel internacional. Por ejemplo, se ha extendido en la industria, la utilización de formularios predispuestos por las compañías aéreas que contienen las condiciones generales de la contratación, sin que existan grandes diferencias entre las predispuestas por unos empresarios y otros, ya que la IATA viene promoviendo entre sus miembros la utilización de unas condiciones redactadas en el seno de dicha institución.

Destaca, por su dimensión mundial, la Práctica Recomendada n°1724, que si bien está dirigida exclusivamente al transporte internacional de pasajeros y no tiene eficacia vinculante para las compañías adheridas a la organización³², la mayoría viene utilizándolas en todos sus vuelos (nacionales e internacionales), si no de forma idéntica a como fueron redactadas originalmente, con modificaciones en sus leyes que suponen la adaptación de dichas condiciones a las propias exigencias de la compañía o incluso a la normativa aplicable³³.

2.- CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS

2.1.- Concepto, intervinientes y características

Podemos definirlo como aquel contrato en virtud del cual el transportador se obliga por cierto precio a conducir al pasajero y su equipaje de un lugar a otro por vía aérea.

Se discute en la doctrina comparada si acaso este contrato tiene o no un carácter *intuitu personae*, es decir, si es de aquellos que se celebran en consideración a la persona del otro contratante.

³² Sobre la fuerza vinculante de las condiciones generales de IATA y su rol en cuanto fuente del Derecho aeronáutico *vid* MAPELLI, Enrique, *Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Colección de Estudios Jurídicos, Vol. II, Medicinali-4, Madrid, 1978, p. 396 y sgts.

³³ GUERRERO LEBRON, María Jesús, *“La responsabilidad...”*, op. cit. p. 79 y 80.

Para algunos³⁴, este contrato es de tal carácter, ya que, según él, la determinación de la persona del pasajero es esencial para la existencia del contrato, lo que quedaría demostrado fundamentalmente en la exigencia legal de la individualización de la persona que ha de transportarse y en la posibilidad que la ley otorga al transportador de negarse a transportar a personas dementes o que puedan poner en peligro la seguridad del vuelo.

Otra opinión³⁵ estima que no se trata de un contrato *intuitu personae*, aunque nada obsta a que las partes le den esa condición, sobre la base de su libre voluntad, lo que según el autor ocurre normalmente en vuelos internacionales, ya que es habitual que las empresas transportadoras expidan billetes nominativos e intransferibles, que les permiten tener la seguridad de poder demostrar que se han ajustado a las exigencias legales de condicionar la admisión del pasajero al cumplimiento de todos los requisitos establecidos por las autoridades de los países hacia donde se dirige.

Determinar si el contrato de transporte aéreo de pasajeros reviste o no el carácter de *intuitu personae*, tiene particular importancia para determinar la procedencia de ciertas instituciones, como por ejemplo la posibilidad de transferir el billete de pasaje, o para analizar los efectos jurídicos derivados del error en la persona del pasajero.

A nuestro juicio, el contrato de pasaje aéreo tiene una marcada naturaleza personal, básicamente por la exigencia legal de la individualización del pasajero, aunque ello no signifique que tenga el carácter de *intuitu personae* en los términos del artículo 1455 del CC, puesto que la consideración de la persona del pasajero no es la causa principal del contrato de pasaje aéreo.

³⁴ TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho Aeronáutico*, 2ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2003, p. 436.

³⁵ VIDELA ESCALADA, “*Derecho Aeronáutico*”, op.cit. p. 362.

Sin perjuicio de lo anterior, y de la discusión doctrinaria que pudiera tener lugar, en la práctica las condiciones generales de la contratación incorporadas por las principales líneas aéreas declaran expresamente la prohibición de transferir el billete de pasaje, por lo que de hecho el contrato presenta el carácter de *intuitu personae*³⁶.

2.2.- Efectos del contrato de transporte aéreo de pasajeros en el derecho chileno.

2.2.1.- Obligaciones y derechos del transportista

De acuerdo con lo que establece el Ordenamiento chileno, en el contrato de transporte aéreo el porteador o transportador está obligado para con el pasajero a:
-Expedir y entregar un billete de pasaje (arts. 131 CA y 3.1 CM³⁷).

³⁶ Así por ejemplo, las condiciones generales de LAN señalan que: *"La emisión del Billeto de Pasaje da fe de la celebración y aceptación de las condiciones del contrato de transporte aéreo y del contrato de transporte suscrito entre el pasajero y el Transportador cuyos nombres aparecen en el Billeto. El Billeto emitido a nombre del pasajero es nominativo, personal e intransferible, y su emisión podrá realizarse total o parcialmente a través de medios físicos o electrónicos"* (condiciones aplicables al contrato de transporte aéreo de pasajeros y equipaje de LAN, normas generales del transporte aéreo, 2.1, en http://www.lan.com/es_cl/sitio_personas/condiciones-del-contrato-de-transporte/); mientras que las condiciones de Sky Airlines indican: *"...el billete de pasaje hace fe de la celebración y aceptación de las condiciones del contrato de transporte aéreo de pasajeros celebrado entre el transportador y el pasajero a cuyo beneficio aparece emitido nominativa e intransferiblemente el pasaje"* (contrato de transporte aéreo de pasajeros condiciones generales aplicables al transporte aéreo de pasajeros y equipaje nacional e internacional de Sky Airline S.A, en [www.skyairline.cl/\(S\(11rxiw55avuugfrn5uuq55\)\)/es/info_viaje_text.aspx?id=5](http://www.skyairline.cl/(S(11rxiw55avuugfrn5uuq55))/es/info_viaje_text.aspx?id=5)

³⁷ Aunque en este último se habla de *"Documento de Transporte"*. BROSETA PONT, Manuel, MARTINEZ SANZ, Fernando, Manual de Derecho Mercantil, 21ª edición, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, p. 190.

El art 131 CA ha sido modificado recientemente por la Ley n° 20.381DO de 30 de abril de 2015, que modifica el CA en materia de transporte de pasajeros y sus derechos, y que corresponde a la nueva regulación chilena en materia de overbooking según lo indicaremos. Dispone el nuevo art.131 CA que: *"El transportador dará al pasajero un billete de pasaje, que deberá contener, a lo menos, las siguientes indicaciones:*

a) Lugar y fecha de expedición.

b) Nombre del pasajero y del transportador o transportadores.

c) Puntos de partida y de destino, precio y clase del pasaje.

d) La explicitación clara de las condiciones, restricciones y limitaciones a que está sujeto y de todos los derechos contemplados en el presente Capítulo.

El transportador podrá expedir el billete de pasaje por cualquier medio, siempre y cuando éste permita cumplir con lo señalado anteriormente.

El billete de pasaje hace fe de la celebración y de las condiciones del contrato de transporte. La falta, irregularidades o pérdida del billete no afectarán a la existencia ni a la validez del contrato.

-A efectuar el transporte en la fecha, horario y demás condiciones estipuladas (art. 127 inc. 1°CA) velando por la seguridad y acomodo de los pasajeros.

-A embarcar a los pasajeros que exhiban el respectivo billete de pasaje o bien ofrecer y proporcionar las prestaciones a que se refiere el CA, en caso de denegación de embarque (art. 133 y siguientes, que se refieren en concreto al régimen jurídico sobre el *overbooking* recientemente incorporado recientemente al Ordenamiento chileno por la Ley n° 20.381³⁸). La regulación anterior a la referida era exigua y poco protectora de los derechos de quienes utilizaban el transporte aéreo. De hecho, quienes sufrían denegaciones de embarque, cancelaciones o grandes retrasos, no encontraban en el marco jurídico mecanismos de protección adecuados y suficientes, por cuanto a lo anterior había que agregar que la Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPDC) excluye expresamente (art. 23 inciso final) al transporte aéreo de su regulación en materia de venta de sobrecupos, por tratarse de una prestación de servicios con reglamentación propia. Lo que implicaba muchas veces que los pasajeros sufrieran vulneraciones en sus derechos tales como, discriminaciones tarifarias arbitrarias, retrasos, suspensiones (muchas veces justificadas por tema de

Con todo, el transportador estará obligado a tener a disposición de los pasajeros folletos informativos con especificación de sus derechos, en un lugar visible de sus oficinas de venta de pasajes y en los mostradores de los aeropuertos”.

³⁸ La normativa internacional vigente en (CV o CM) según corresponda, no se ha ocupado especialmente de la materia, dejando la solución a las legislaciones internas de cada país, sin perjuicio de la regulación propuesta por la industria en las condiciones generales de la IATA y de la doctrina, que intenta suplir esta omisión aplicando en forma complementaria el régimen comunitario establecido por el reglamento (CE) núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 10 de enero de 2006, en el asunto C-344/2004, donde se estimó que el CM no puede constituir un obstáculo a la intervención del legislador comunitario para determinar, en el marco de las competencias atribuidas a la Comunidad en materia de transporte y protección a los consumidores, las condiciones en que conviene reparar los perjuicios ocasionados y las molestias sufridas por los pasajeros como consecuencia de los incumplimientos del contrato de transporte (MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, op. cit. p. 37 y 38, GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La regulación comunitaria de las situaciones de *gran retraso* en el transporte aéreo de pasajeros. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2006, TJCE 2/2006”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 17, 2006, p 547 y 548).

seguridad), fusiones de vuelos, etc, sin que nadie calificase la veracidad de la causal invocada para dichas suspensiones, retrasos o fusiones y sin que se pudieran hacer efectivos adecuadamente sus derechos ante una situación de incumplimiento del contrato. Con el fin de mejorar los niveles de protección para los pasajeros se dictó la Ley n° 20.381, estatuto jurídico que se ocupa de regular de manera específica los derechos de los pasajeros, pero incorporando elementos propios de la protección a los consumidores, específicamente en materia de procedimiento aplicable, aun cuando esto resulte contrario a la forma en que tradicionalmente se ha enfrentado esta situación por la normativa internacional³⁹.

³⁹ De la referida normativa destacamos el nuevo art. 133 CA, que dispone: *“En el evento que el transportador prevea que tendrá que denegar el embarque de uno o más pasajeros por sobreventa, los cuales se hubieren presentado oportunamente y cuyo billete de pasaje estuviere previamente confirmado en un vuelo determinado, deberá pedir en primer lugar que se presenten voluntarios que renuncien a sus reservas a cambio de determinadas prestaciones y reparaciones que se acuerden entre los voluntarios y el transportador.*

Si el número de voluntarios es insuficiente para que los restantes pasajeros con billetes confirmados puedan ser embarcados en el respectivo vuelo, el transportador podrá denegar el embarque a uno o más pasajeros contra su voluntad, para lo cual deberá:

1.- A elección del pasajero:

a) Embarcar en el siguiente vuelo que tenga disponible el transportador, o en un transporte alternativo, si es que decidiera persistir en el contrato de transporte aéreo;

b) El reembolso del monto total pagado por el billete, si el pasajero se desiste del contrato de transporte aéreo y éste no hubiera comenzado su ejecución, o

c) Si ya se hubiera iniciado la ejecución de un viaje con escala y/o conexión, el transportador deberá ofrecer, a elección del pasajero, cualesquiera de las siguientes opciones:

i.- Embarque en el siguiente vuelo que tenga disponible el transportador, o en un transporte alternativo, si es que decidiera persistir en el contrato de transporte

aéreo.

ii.- Reembolso de la porción no utilizada.

iii.- Retorno al punto de partida, con reembolso del precio del pasaje”.

La reforma al CA consagra la obligación de que el transportador pague una indemnización compensatoria al pasajero afectado con la denegación de embarque, la que dependerá directamente de la extensión en kilómetros, del vuelo contratado. Se previene que el pasajero que acepte tales compensaciones no podrá con posterioridad ejercer acciones contra el transportador

Reconocible en la nueva normativa, es la influencia del Reglamento (CE) n° 261/2004, sobre el que se ha dicho que no establece un régimen de responsabilidad en sentido estricto, sino que establece una serie de garantías mínimas o derechos asistenciales en unos casos y patrimoniales en otros, directamente exigible por el pasajero, al igual que no contiene una sanción directa de efectos jurídico-privados para el transportista por el incumplimiento relativo a las garantías que establece⁴⁰

-A transportar conjuntamente con el pasajero y por el precio del pasaje el equipaje que éste lleve consigo⁴¹. Tradicionalmente se ha entendido al transporte de equipaje como un transporte accesorio al de personas, sin perjuicio de que algunos lo consideran un contrato autónomo, puesto que en definitiva hay acuerdo de voluntades, nacen una serie de derechos para las partes, y da origen a una determinada responsabilidad distinta a la generada por el incumplimiento o

por el mismo hecho (133 n° 2 CA). En el caso de que el pasajero persista en el contrato y quiera ser embarcarlo en el siguiente vuelo que tenga disponible el transportador, éste, estará también obligado a proporcionar las prestaciones asistenciales que señala el art. 133A CA, mismas obligaciones que pesan sobre el transportador que retrase o cancele injustificadamente un vuelo (133B CA). Se establece además, como mecanismo de protección, que en caso de no verificarse el viaje, ya sea por causas imputables al transportador, al pasajero o por razones de seguridad o de fuerza mayor sobrevinientes, las tasas, cargas o derechos aeronáuticos que hubiere pagado el pasajero deberán restituirse a su solo requerimiento en cualquier oficina del transportador aéreo o a través de su sitio web (art. 133C CA). En cuanto a los derechos del transportador, el art. 133D, prescribe el derecho a reparación del transportador, al señalar que aquél porteador que pague cualquier indemnización o proporcione prestaciones o asistencia a un pasajero por causas o circunstancias que se deban en todo o parte al hecho o culpa de un tercero, siempre tendrá el derecho de exigir de tal tercero la indemnización de los perjuicios que haya sufrido, incluyendo los costos o gastos de tales compensaciones, prestaciones y asistencias, de acuerdo a las reglas generales del derecho.

⁴⁰ En tal sentido, MARTÍN, Jesús de Paz, *“La responsabilidad en el transporte aéreo internacional...”*, op. cit., p. 361.

⁴¹ No obstante el CA reglamenta en forma separada al contrato de transporte de pasajeros del transporte de equipajes (134 a 136 CA). La Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 5 de marzo de 1991 estableció que: “la responsabilidad del transportista abarca la de trasladar al pasajero y al equipaje que lleva con él. En cuanto a lo último no cabe duda respecto del equipaje declarado, pero la responsabilidad por el hecho suyo de sus agentes o dependientes que la ley presume, abarca también a aquel equipaje que, según el art. 22 CCo, no está obligado a registrarse, tales como sacos de noche, valijas o maletas que según la costumbre no pagan porte. Confirma lo anterior el art. 22 CV que contempla el monto de la indemnización por pérdida de equipaje y su n° 3 la fija precisamente en lo que concierne a los objetos cuya custodia conserva el pasajero”. LECAROS SÁNCHEZ. Jose Miguel, *“La responsabilidad civil y la actividad aeronáutica”*, Librotecnia, 2012, p.254

cumplimiento defectuoso del contrato de pasaje aéreo⁴². Para nosotros el contrato de transporte aéreo de equipajes no puede tener existencia como tal sin la simultánea o previa existencia de un contrato de transporte aéreo de pasajeros. No pretendemos negar el hecho que el traslado de equipaje es una obligación del transportista, pero creemos que dicha obligación es accesorio al contrato de pasaje aéreo. Por lo demás esta figura de contrato de equipaje no está definida en el CA ni el CM.

-A restituir el importe pagado en los casos previstos en el art. 127 inc.2° CA⁴³ que se refieren a los caso de cancelación o retraso de los vuelos por causa que no sea imputable al porteador y que implican principalmente el derecho de cualquiera de las partes de dejar sin efecto el contrato.

En cuanto a los derechos que le asisten al porteador aéreo podemos mencionar que: podrá exigir el pago del precio del transporte y obtener el pago del pasaje, daños y expensas sobre los efectos de los pasajeros⁴⁴. Puede rehusar o condicionar el transporte de ciertos pasajeros (art 132 C.A)⁴⁵; y está facultado para

⁴² TAPIA SALINAS, (op.cit.31, p.469 y 470) En la doctrina nacional chilena EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA estima que el pasajero normalmente viaja con equipaje el que: "está constituido por todos aquellos efectos contenidos en baúles, maletas o bien sin embalaje alguno, destinados al uso personal del pasajero y su familia. Esta afectación al uso personal es el rango distintivo entre el equipaje y las mercaderías" (EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael. Contrato de transporte y nociones de derecho marítimo y aéreo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1980, p.449).

⁴³ De acuerdo al art. 127 inc. 2°, el transportador puede: "...suspender, retrasar y cancelar el vuelo o modificar sus condiciones por razones de seguridad o de fuerza mayor sobrevinientes tales como fenómenos meteorológicos, conflictos armados, disturbios civiles o amenazas contra la aeronave. En estos casos, cualquiera de los contratantes podrá dejar sin efecto el contrato, soportando cada uno sus propias pérdidas". La Ley n° 20.381 vino a complementar esta norma, añadiéndole un inc. 3° a este art. que señala: "Sin perjuicio de lo anterior, el transportador deberá informar a cada pasajero los derechos que le asisten en los casos de cancelación, retraso del vuelo o denegación de embarque, de acuerdo a las condiciones previstas en el presente Capítulo."

⁴⁴ Esta es una garantía que se otorga al transportador, la cual sin perjuicio de no estar concedida expresamente en el CA podemos extraerla, por aplicación del art. 6 del mismo cuerpo legal, de los artículos 212 del CCo y 2474 N° 2 del CC Chilenos.

⁴⁵ Sobre este derecho, vid. las Condiciones Generales de la IATA que en el artículo VIII, párrafo 1° señalan que: "El porteador podrá negarse a transportar o continuar el transporte o cancelar la reserva de un pasajero cuando, siguiendo su razonable criterio, opine:

- a) Que es necesario hacerlo por razones de seguridad; o
- b) Que es necesario para evitar que se viole alguna ley, reglamento u orden del Estado o país al que se dirija o sobrevuele; o
- c) Que la conducta, edad o estado físico o mental del pasajero pueden:

suspender, retrasar y cancelar el vuelo o modificar sus condiciones por razones de seguridad o de fuerza mayor sobrevinientes conforme lo establece el art. 127 CA.

2.2.2.- Obligaciones y derechos de los pasajeros

En cuanto a las obligaciones del pasajero, podemos afirmar que en general son consecuencia directa de los derechos del transportador aéreo, empero, existen obligaciones que pesan sobre el pasajero que no son consecuencia directa de la formalización de un vínculo contractual, sino más bien de la vía elegida para la realización del transporte y cuya importancia radica en que si el pasajero no las cumple, el porteador puede oponerle la excepción de contrato no cumplido. Teniendo presente lo anterior, podemos mencionar las siguientes obligaciones.

En primer lugar debe pagar el precio del contrato y seguir las instrucciones del transportador aéreo. Dentro de las instrucciones que imparte el transportador está la obligación del pasajero de presentarse en el aeropuerto o aeródromo en el día y hora establecidos en el contrato. Estas obligaciones están recogidas en la práctica internacional a través de las condiciones generales de la IATA (art. VII, párrafos 3 y 4), que establecen que el pasajero debe presentarse en el aeropuerto o punto de partida a la hora que fije el transportador, o en su defecto, con suficiente antelación a la salida del vuelo para el cumplimiento de las formalidades gubernativas y trámites de salida. En caso de que no se presente a la hora fijada o con el tiempo suficiente, debe pagar la tasa establecida en los reglamentos del transportador⁴⁶.

i) exigir una dedicación especial por su parte; o
ii) causar molestias o quejas a los demás pasajeros; o
iii) suponer la posibilidad de un riesgo para el propio pasajero, otras personas o las cosas; o
d) Que es necesario debido a la inobservancia por el pasajero de las instrucciones del porteador”.

⁴⁶ Sobre esta obligación en el caso europeo y a propósito de la aplicación para los pasajeros de las disposiciones del (CE) 261/2004, en particular del art. 3.2, Márquez Lobillo observa que, para

Debe cumplir con las disposiciones reglamentarias, entendiéndose por tales, de una parte, la obligación del pasajero de dar cumplimiento a las leyes, ordenanzas y reglamentos policiales, sanitarios, aduaneros y demás exigidos con ocasión del viaje (si el pasajero no cumple con esta obligación, el transportador no podrá trasladarlo al punto de destino), y de otra, tratándose de vuelos internacionales, existe la obligación del pasajero de estar provisto de los documentos de entrada y salida y demás que exijan las autoridades de los países de destino o interesados⁴⁷.

Debe obedecer las órdenes del comandante de la aeronave conforme lo establecen los arts. 64⁴⁸ y 65⁴⁹ del CA.

hacerla efectiva, los pasajeros deben de disponer de una reserva confirmada en el vuelo de que se trate y, (salvo el caso de cancelación previsto en el art. 5° del reglamento), presentarse a facturación en las condiciones y a la hora requerida previamente por escrito por el transportista, el operador turístico o el agente de viajes autorizado. Este segundo requisito de la facturación, es criticado por la autora en cuanto a la imprecisión del legislador en su tratamiento, no quedando claro a su juicio las condiciones en que debe cumplirse, lo que se agrava en el caso de billetes adquiridos electrónicamente cuando el pasajero se apersona con la tarjeta de embarque directamente en la zona destinada al efecto. MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, "Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros, Marcial Pons, 2013, p. 57 y sgts.

⁴⁷ Condiciones generales IATA, art. XV, párrafo 2°. Ver también el párrafo 3° del citado artículo.

⁴⁸ Artículo 64 CA.- *"Toda aeronave deberá tener un comandante, que será el piloto al mando, designado por el explotador para cada operación aérea.*

A falta de persona designada, se presume comandante a quien dirige a bordo la operación de vuelo.

En las aeronaves empleadas en actividades de aeronáutica comercial, el nombre del comandante deberá constar en la documentación de a bordo."

⁴⁹ Artículo 65 CA.- *"El comandante de la aeronave es la única y máxima autoridad a bordo. Es el encargado de la dirección de la aeronave y principal responsable de su conducción segura de acuerdo con las regulaciones de circulación aérea y el manual de operaciones de vuelo del explotador. Tiene potestad disciplinaria sobre la tripulación, autoridad sobre los pasajeros y el control total sobre la aeronave y la carga transportada.*

El ejercicio de las funciones del comandante comienza desde que se inicia la preparación del vuelo, y finaliza cuando éste concluye. En caso de interrupción anormal del vuelo, ejercerá sus funciones hasta que la tripulación, los pasajeros y la carga estén en lugar seguro o bajo la responsabilidad de representantes del explotador o de las autoridades aeronáuticas, según el caso.

Toda persona a bordo está obligada a acatar las instrucciones y órdenes que imparta el comandante para la seguridad, correcta operación, orden e higiene de la aeronave.

La autoridad del comandante no se suspenderá en los puntos intermedios o escalas de una operación de vuelo ni en caso de accidente, incidente o cualquiera otra contingencia que, como el apoderamiento ilícito, pueda afectar a la aeronave".

Los derechos del pasajero, son correlativos a las obligaciones del transportador aéreo, de tal forma encontramos que puede obtener la expedición del billete de pasaje y ser transportado con su equipaje (dentro de las limitaciones que le permita su tarifa) hasta el punto de destino en las condiciones estipuladas.

Puede obtener la restitución del precio del transporte que se haya pagado en los casos que previene el art. 127 del CA, además de las prestaciones a que se refieren los arts. 133 y siguientes CA en caso de denegación de embarque.

2.3.- Características del contrato

Es un contrato típico y nominado, esto es, que sus condiciones y características han sido establecidas por el legislador. Como señalamos en los acápites anteriores, este contrato está regulado por el CA, tratándose del transporte nacional de personas o mercaderías y actualmente, en materia de responsabilidad del porteador, por el CM y en algunos casos por el CV (cuando no aplique el CM), tratándose del transporte aéreo internacional.

Es consensual, ya que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, lo demuestra en tal sentido la redacción del art. 131 inc 2° CA al indicar que *“La falta, irregularidades o pérdida del billete no afectarán a la existencia ni a la validez del contrato”*⁵⁰.

Es causal, ya que la causa de la obligación del transportador es el pago de una remuneración llamada precio en el transporte de personas y la causa de la obligación del usuario es el traslado por vía aérea de personas y los equipajes que lleve consigo. En cuanto a la motivación de cada contratante en particular, se

⁵⁰ De la misma forma lo entiende cierta doctrina española. PADILLA GONZÁLEZ, Rafael, en *Derecho Mercantil*, AAVV (JIMÉNEZ SANCHEZ, Guillermo, Coord.), ob. cit., Vol. II, 12ª edición, Aval S.A. Barcelona, p. 1120; BROSETA PONT, Manuel, MARTINEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit. p.190.

aplicarán las reglas del Derecho común, el cual exige que ella exista y sea lícita, lo que no presenta especialidad alguna en cuanto a su regulación jurídica.

Es un contrato bilateral, ya que las partes se obligan en forma recíproca, el transportador aéreo se obliga a conducir a los pasajeros y sus equipajes de un lugar a otro; y por otra el pasajero se obliga a pagar el precio del pasaje.

Es oneroso⁵¹, en los términos del art. 1440 CC ya que cede en la utilidad de ambos contratantes (transportador y pasajero), gravándose cada uno en beneficio del otro, consistiendo el beneficio para el transportador en la percepción del pasaje o flete, el del pasajero en llegar al destino convenido con su equipaje y el del cargador en la conducción de sus mercancías. Además este contrato puede ser conmutativo si ambas prestaciones se miran como equivalentes (1441 CC).

Es un contrato principal, puesto que no requiere de otro contrato para su perfeccionamiento y su subsistencia. El contrato de transporte de equipajes funciona, sin embargo, como accesorio de uno destinado a pasajeros.

Se encuentra sometido a un régimen imperativo, ya que la regla general para este tipo de contrato es que las normas establecidas en el CA para transportes nacionales y las establecidas en el CM para transportes internacionales son imperativas para las partes contratantes, a menos que se les permita en dichos cuerpos de leyes pactar lo contrario.

Es un contrato de adhesión sujeto a condiciones generales de la contratación, dado que una parte es la que establece las condiciones que conforman este contrato, de suerte que a la otra sólo le queda adherirse a ellas o rechazarlas. En

⁵¹ La onerosidad debe ser entendida en sentido amplio y no sólo cuando conlleve el pago del precio del transporte. En los tratados internacionales, los artículos 1.1 CV y CM respectivamente, extienden su ámbito de aplicación al transporte gratuito interesado, es decir, a los transportes gratuitos efectuados en aeronave por una empresa de transporte aéreo en que si bien no se paga el precio puede conllevar un beneficio o lucro mediano para el transportista, tal como ocurre en aquellos casos de vuelos realizados con fines promocionales. PETIT LAVALL, *“El contrato de transporte aéreo de mercancías”* op.cit., p.5432.

la práctica, el transportador aéreo o porteador ofrece sus servicios en forma determinada y rígida a la generalidad del público, de manera que al potencial pasajero sólo le cabe someterse a las condiciones de éste o rechazarlas, excluyéndose toda discusión entre las partes⁵².

Esta característica se cumple especialmente tratándose del transporte aéreo de pasajeros⁵³ porque los precios, horarios, escalas, están preestablecidos por el transportador, de manera que el pasajero se adhiere a todo ello, lo que se materializa por la referencia a las condiciones generales en el billete de pasaje, conservando el pasajero sólo la libertad de elegir la empresa o la línea aérea con la cual celebrará el contrato⁵⁴. La industria del transporte aéreo y en particular la

⁵² La legislación chilena, estableció un control de forma y uno de fondo para regular el contenido de un contrato por adhesión sujeto a condiciones generales. Este método se fundamenta en primer lugar en la antigua doctrina que pretende proteger el consentimiento del adherente, introduciendo requisitos de carácter formal que aseguren el conocimiento efectivo por parte de éste del contenido del contrato. No obstante que este razonamiento debemos desestimar, puesto que es sabido que los sujetos que celebran contratos por adhesión no conocen y no leen el contenido del contrato. Lo anterior se produce porque ante la necesidad de celebrar ciertos contratos que resultan indispensables no quedará sino prestar el consentimiento, además de que la labor de estudio y comparación de contratos resulta costosa e incluso inútil si consideramos que muchas veces en un mismo sector o rubro las condiciones ofrecidas son muy similares.

Las reglas formales se encuentran en los Artículos 17 y 16 letra f) de la LPDC y se refieren básicamente a tipografía, idioma y firma. El contrato debe ser legible, luego se establece un mínimo de tamaño de letra y en cuanto al idioma, deben estar escritas en idioma castellano, salvo el caso del inciso 3° del Art.17 (*"No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales"*). Por último, se establece la exigencia de entrega al consumidor, de inmediato a su firma, de un ejemplar íntegro del contrato suscrito por todas las partes.

En segundo lugar, cuanto al control de fondo, la ley optó por un sistema de lista negra, es decir una lista de cláusulas que, incorporadas en el contrato de adhesión, no producen efecto alguno. Así se desprende del artículo 16, en que están establecidos estos requisitos: *"No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: ..."*.

Un rasgo característico de las cláusulas abusivas es el desequilibrio injustificado en las prestaciones. La LPDC en las letras a) hasta la e) del Artículo 16 establece casos en que ese desequilibrio es manifiesto, mientras que la letra g) del Artículo 16, contiene la llamada cláusula general de buena fe, es decir, ilustra al juez proporcionándole criterios que le permitan determinar en el caso concreto si una cláusula es o no abusiva, cuando sea atentatoria de la buena fe contractual y cause un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes.

⁵³ BROSETA PONT, Manuel, MARTINEZ SANZ, Fernando, Manual de Derecho Mercantil, op. cit. p.190

⁵⁴ En el Derecho uniforme, el CM en su artículo 26 declara nula cualquier cláusula tendente a exonerar al transportista de la responsabilidad establecida en el referido convenio y en el art. 49 declara la nulidad de aquellos pactos tendentes a eludir la ley y jurisdicción aplicables:

-art. 26 CM: *"Toda cláusula que tienda a exonerar al transportista de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en el presente Convenio será nula y de ningún efecto, pero la nulidad*

IATA se ha preocupado desde muy temprano en la regulación de las condiciones generales del contrato de transporte aéreo y con especial éxito a partir de la divulgación de la Práctica Recomendada n°1724⁵⁵, reformadas el año 2000 con la finalidad de adaptarlas a las cláusulas abusivas⁵⁶.

2.4.- El contrato de transporte aéreo de pasajeros y su relación con el derecho de los consumidores

2.4.1.- Aspectos generales.

Se asume que la LPDC⁵⁷ establece ciertas peculiaridades que suponen una modificación a los principios y reglas generales del Derecho civil y mercantil. El derecho de los contratos, tanto civiles como comerciales, descansa en la idea de la libertad contractual, en su doble dimensión. Por un lado existe libertad de contratación, es decir, libertad para celebrar un contrato que incluye la facultad de escoger con quién hacerlo, y de otro, la libertad de configuración interna y de modificación del mismo, entendida como la autonomía que las partes tienen para determinar el contenido del contrato celebrado, en la medida que no se pacten cláusulas contrarias a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. El CC (art. 1445) establece como regla suprema, para que alguien pueda quedar obligado a otro por un acto o declaración de voluntad, que es necesario que se

de dicha cláusula no implica la nulidad del contrato, que continuará sujeto a las disposiciones del presente Convenio”;

-art. 49 CM: *“Toda cláusula del contrato de transporte y todos los acuerdos particulares concertados antes de que ocurra el daño, por los cuales las partes traten de eludir la aplicación de las reglas establecidas en el presente Convenio, sea decidiendo la ley que habrá de aplicarse, sea modificando las reglas relativas a la jurisdicción, serán nulos y de ningún efecto”.*

El CV en el art. 23 establece la nulidad de cualquier cláusula tendente a exonerar al transportista de su responsabilidad o a señalar un límite inferior al fijado en dicho convenio.

⁵⁵ Sobre la evolución de las condiciones generales desarrolladas por IATA, vid. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La responsabilidad contractual...”, op.cit., pp.80 y 81.

⁵⁶ MARQUEZ LOBILLO, Patricia, “Contratación del transporte aéreo *low cost* en internet. Protección de pasajeros y condicionamiento del contrato en el ordenamiento jurídico español, en *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, AAVV (DEIANA, Massimo, coord.), Edizioni AV, 2013, p. 212.

⁵⁷ Ley 19.946 de 07 de marzo de 1997.

consienta en dicho acto o declaración y que tal consentimiento no adolezca de vicios (aparte del objeto, la causa y la capacidad)⁵⁸.

La clave en el Derecho de los contratos es la voluntad negocial o consentimiento, y ello se advierte no sólo en lo que dispone el artículo 1445 del CC, sino también en la norma contenida en el artículo 1545 del mismo Código, por la cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, consagrándose el tradicional principio del *pacta sunt servanda*.

En materia de interpretación contractual, el artículo 1560 CC establece una regla que también descansa en el principio de autonomía de la voluntad, cuando ordena como primera regla interpretativa, aplicar la intención de los contratantes, si ella es claramente conocida, respecto de la letra del mismo contrato. Esto significa que la voluntad contractual (la intención única de los contratantes) es un elemento que no solo da vida al contrato, sino que, además, orienta su ejecución, hasta el total cumplimiento del mismo.

La libertad contractual se apoya en el supuesto de que las personas son libres e iguales, y por lo tanto, protegiéndose esa libertad e igualdad consustancial a todo ser humano, el resultado de toda negociación contractual debe ser bienvenido. Para asegurar esa libertad de negociación el CC pone el acento en la libertad de consentir y, por lo mismo, asegura a las partes la posibilidad de pedir la nulidad del acto, cuando su consentimiento aparece afectado por error, por fuerza o por dolo.

La LPDC establece la normativa básica protectora de los intereses de los consumidores que necesariamente concurre o debiera concurrir al momento de

⁵⁸ BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge “la regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 41 n° 2, 2014, p. 383

formalizarse el vínculo que se origina con la celebración del contrato de transporte aéreo, según se estime aplicable o inaplicable la ley, como veremos.

De entre las normas del referido cuerpo legal, nos interesa destacar, por su importancia al momento de hacer efectivos los derechos de los usuarios en el transporte aéreo, algunas de sus disposiciones: el art. 1º, que señala que el objeto de la LPDC es: *“...normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”*, además de establecer ciertos conceptos fundamentales⁵⁹; el art. 2º, que fija el marco de aplicación material de la ley⁶⁰; el

⁵⁹ 1.- Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores;

2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente;

3.- Información básica comercial: los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica;

4.- Publicidad: la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28;

5.- Anunciante: el proveedor de bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición.

6.- Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.

7.- Promociones: las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilice en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de aquellas que consistan en una simple rebaja de precio.

8.- Oferta: práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento.

⁶⁰ Artículo 2º LPDC.- *Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:*

a) *Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor;*

b) *Los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas;*

art. 3⁶¹, que en su parte primera establece que dentro de los derechos y deberes básicos del consumidor se encuentran el derecho a una libre elección del servicio; el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos; además del deber de informarse responsablemente de ellos, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios; el derecho a una reparación e indemnización adecuada y oportuna que comprenda todos los daños morales y materiales que se causen al consumidor a consecuencia del incumplimiento del proveedor, entre otros. El art. 3 bis letra c)⁶²,

c) Los actos o contratos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor o usuario el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses, siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo;

d) Los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico profesional y universitaria, sólo respecto del Párrafo 4º del Título II; de los Párrafos 1º y 2º del Título III; de los artículos 18, 24, 26, 27 y 39 C, y respecto de la facultad del o de los usuarios para recurrir ante los tribunales correspondientes, conforme a los procedimientos que esta ley establece, para hacer efectivos los derechos que dichos Párrafos y artículos les confieren. No quedará sujeto a esta ley el derecho a recurrir ante los tribunales de justicia por la calidad de la educación o por las condiciones académicas fijadas en los reglamentos internos vigentes a la época del ingreso a la carrera o programa respectivo, los cuales no podrán ser alterados sustancialmente, en forma arbitraria, sin perjuicio de las obligaciones de dar fiel cumplimiento a los términos, condiciones y modalidades ofrecidas por las entidades de educación;

e) Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la ley N° 19.472, y

f) Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales.

⁶¹ Artículo 3º primera parte LPDC.- Son derechos y deberes básicos del consumidor:

a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo;

b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos;

c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;

d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles;

e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea, y

f) La educación para un consumo responsable, y el deber de celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido.

⁶² Art. 3 bis letra c) LPDC.- “El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos: b) En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos,

que regula el derecho al retracto (en el Derecho español se le denomina derecho de desistimiento) aplicable a los contratos celebrados por medios electrónicos. El art 12, que establece que todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio. El art. 12 A que regula la formación del consentimiento en los contratos electrónicos al disponer que en los contratos celebrados por estos medios, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos⁶³. El art. 16 que establece el método de control para las cláusulas abusivas. El art. 50 inc. 2° que prescribe que el incumplimiento de las normas contenidas en la LPDC dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, a anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, a obtener la prestación de la obligación incumplida, a hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores y a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda. Finalmente el art. 50A establece la norma de competencia según tendremos oportunidad de revisar.

avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato. En este caso, el plazo para ejercer el derecho de retracto se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en el caso de servicios, siempre que el proveedor haya cumplido con la obligación de remitir la confirmación escrita señalada en el artículo 12 A. De no ser así, el plazo se extenderá a 90 días. No podrá ejercerse el derecho de retracto cuando el bien, materia del contrato, se haya deteriorado por hecho imputable al consumidor”.

⁶³ Agregan los incisos 2° y 3° que: “La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato”.

De las referidas disposiciones, especial importancia para nuestro estudio representan las de los artículos 1º y 2º, a fin de determinar la aplicación de las normas de la LPDC al contrato de transporte aéreo de pasajeros o de mercaderías, pues aún después de las últimas modificaciones que ha experimentado la normativa sobre consumidores, en el art. 2 apartado a), se establece que quedan sujetos a sus disposiciones los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el CCo u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor, luego, será necesario ante todo establecer la mercantilidad de la actividad del transporte aéreo ya que no se podría aplicar a su respecto la LPDC, al menos en el supuesto base del citado art. 2, si no concurriera en la especie un acto mixto o de doble carácter, es decir, que debe tratarse de un acto mercantil para el proveedor mientras que para el consumidor debe ser un acto de carácter civil⁶⁴.

⁶⁴ De acuerdo a una reciente sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14, un abogado (u otro profesional) puede considerarse consumidor, a efectos de los derechos que a estos reconoce el Derecho de la Unión, cuando actúa fuera de su ámbito de actividad y, en particular, cuando negocia un contrato de adhesión. Aunque se considere que, como abogado, dispone de un alto nivel de competencias técnicas, ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. Así lo establece, la sentencia concluyendo que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

El TJUE comienza señalando que, conforme al derecho UE, es consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, y que como tal consumidor, se encuentra en una “situación de inferioridad respecto al profesional”, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Esta inferioridad, obedece tanto a su nivel de información como a su capacidad de negociar, “situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”. Al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, en el sentido de dicha Directiva, aclara el TJUE que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. El TJUE establece que un abogado puede calificarse de consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, pues aunque se considere que, como abogado, dispone de un alto nivel de competencias técnicas, ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. Por tanto, el TJUE concluye que sí que cabe considerarlo consumidor puesto que se trataba de una negociación ajena a su actividad profesional donde se encontraba en situación de inferioridad por su nula capacidad para negociar. Y, habida cuenta de tal situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor.

Sin perjuicio de que hemos caracterizado a la actividad del transporte como un acto de comercio⁶⁵, a este respecto adquiere relevancia la denominada “teoría de lo accesorio” reconocida en el art. 3.1 inc. 2° del CCo y según la cual se presumen mercantiles (o civiles) ciertos actos cuando se relacionan con una profesión, actividad o acto jurídico principal de carácter mercantil (o civil), ya sea porque lo facilitan, contribuyen a acrecentarlo o simplemente lo garantizan.

En esta materia, el legislador chileno originalmente no se inspiró en el Derecho comparado, siendo una exigencia particular de nuestra LPDC la concurrencia de ambos caracteres para su aplicación, es decir, que el acto fuera mercantil para el proveedor y civil para el consumidor.

Lo anterior, tradicionalmente había dado pie para que algunos proveedores escaparan de la aplicación de la ley, sin perjuicio de que por el propio régimen de excepciones y contra excepciones que poseía la norma se hiciera muy difícil determinar si en el caso concreto procedía o no su aplicación⁶⁶.

La Ley n° 19.955 de julio de 2004, modificó el artículo 2° de la LPDC. A partir de la referida modificación, el art. 2° prescribe que: “*Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:...*”, para continuar con una lista de casos, siendo el establecido en la letra a), el referente al acto mixto o de doble carácter, lo que

http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/10496-el-tjue-considera-como-consumidores-a-los-profesionales-que-contraten-fuera-de-su-actividad-habitual/#.Vf0NicgYd_t.linkedin, visita del 03 de noviembre de 2015.

⁶⁵ Vid. *supra* 1.1

⁶⁶ Disponía el original art. 2° LPDC que: “*Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor.*

Sin embargo, les serán aplicables las normas de la presente ley a los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas y a aquéllos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo.

Las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean”.

unido al mensaje (exposición de motivos) de la ley 19.955⁶⁷ que expresa que: *“el proyecto del consumidor amplía el ámbito de aplicación de la ley, convirtiéndola en norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores [...]”*, puede llevar a hacer entender que se ha eliminado al acto mixto como requisito general para la aplicación de la LPDC, puesto que el nuevo texto no está redactado en términos excluyentes, sino que hace una enumeración de actos a los cuales es aplicable la ley de consumidores⁶⁸.

Para nosotros, la eliminación del acto mixto como supuesto de aplicación general no es más que pretendida, pues el nuevo texto contiene una enumeración taxativa, donde el acto mixto constituye la regla general y los demás serían supuestos excepcionales a la regla general de la letra a).

Debemos recordar a este respecto que dentro del catálogo del art. 3°CCo no se encuentra reconocido como acto de comercio la actividad del empresario de transporte aéreo, ni los contratos a que da lugar esta actividad, lo que viene a sembrar dudas acerca del carácter comercial o civil del transporte aéreo en el Derecho chileno.

La LPDC define a los consumidores o usuarios en su art. 1°n°1 como, *“las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”*, para luego agregar que en ningún caso podrán considerarse consumidores, *“...los que deban ser tratados como proveedores”*.

⁶⁷ Mensaje presidencial del proyecto de la Ley N° 19.955, Boletín N° 2787-03

⁶⁸ MOMBERG URIBE, Rodrigo, *“Ámbito de Aplicación de la Ley N°19.496 sobre protección de los Derechos de los Consumidores”*, Revista de Derecho, Valdivia, Chile, v.17, dic. 2004, p.6. En sentido contrario, JARA, Rony, *“Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: aplicación de la ley N°19.955”*, en *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica n° 12, Facultad de derecho Universidad de Los Andes, 2006, Santiago pp.21-58

El concepto alude expresamente a las personas jurídicas, lo que en el caso chileno marca un quiebre acerca de la manera en que tradicionalmente se ha concebido al consumidor, puesto que, históricamente, el requisito de que los actos de consumo debían de tratarse de un acto mixto impedía otorgar protección a las empresas que desarrollaren actividades comerciales, ya que por este solo hecho sus actos asumían esta naturaleza, haciendo imposible cumplir con la dualidad del acto mercantil-proveedor y civil-consumidor.

Con la modificación introducida por la Ley n° 19.955, se permite incluir dentro del concepto de consumidor todo tipo de empresas, siempre que respecto del bien o servicio que se tratare tuvieran el carácter de destinataria final.

No obstante lo anterior, no es pacífica para nuestra realidad la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de consumidor, puesto que se presume que éstas cuentan con recursos muy superiores a los que podría tener una persona natural para informarse y defenderse. No guardaría relación por lo tanto, con la finalidad protectora de la ley que supone una desigualdad de condiciones de ambas partes. Sin embargo, estas objeciones no reparan en la situación de las pequeñas empresas, reguladas en Chile por la Ley n° 20.416 (DO de 3 de febrero de 2010), que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño⁶⁹, que frente a aquellas de gran envergadura pueden encontrarse en una situación muy similar a la del consumidor persona natural, en términos de indefensión, y por lo tanto nada justificaría su exclusión de la protección legal.

Este problema parece haberse resuelto con la dictación de la Ley n° 20.416 que modificando la LPDC, excluyó del concepto de consumidor a quienes puedan

⁶⁹. De acuerdo lo establece el art. 2°: *“Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario”*.

considerarse dentro del concepto de proveedor, y estableció expresamente la protección a las pequeñas y micro empresas en su rol de consumidoras, particularmente en materia de protección contra cláusulas abusivas.

Es interesante el hecho de que esta normativa deje de lado el fin para el cual se adquiera el bien o servicio, ya que establece que todos los actos que celebren las micro o pequeñas se incluirán en la protección de la ley del consumidor, pese a que se relacionen con su giro principal.

En cuanto al concepto de proveedor, la Ley en el art. 1.2 los define como *“las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”*.

Como se puede notar, se trata de un concepto es muy amplio que incluye a personas naturales y jurídicas de Derecho público o privado. De esta forma, la estructura jurídica bajo la cual se organiza el proveedor es irrelevante para su calificación como tal.

La inclusión del concepto de habitualidad en la norma puede explicarse de forma que sea entendida como una alusión al carácter profesional del proveedor en el ejercicio de las actividades, y no como una mera exigencia de actos repetidos a través del tiempo.

2.4.2.- Aplicación de la normativa de consumidores en el contrato de transporte aéreo

Un primer elemento a tener en cuenta respecto de la aplicación de la LPDC en el contrato de transporte aéreo es el carácter supletorio con que se aplica. Antes

de la reforma del año 2004, el inciso tercero del artículo 2 de la ley establecía que: *“Las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean”*.

Con la modificación introducida por la Ley 19.955, la norma se trasladó al artículo 2 bis, estableciéndose además del referido supuesto genérico, casos excepcionales en que pese a tratarse de materias reguladas en leyes especiales se aplicaría en todo caso la LPDC⁷⁰.

Lo anterior es de especial importancia en el caso del transporte aéreo, pues cuenta con una regulación consagrada en leyes especiales (CA, CV, CM) afectando especialmente a los pasajeros, por cuanto siendo evidentemente el sujeto más débil de la relación contractual, requeriría de protección especial que no podrían encontrar en las normas del consumidor.

Esta exclusión se ve refrendada por lo dispuesto en el artículo 23 inciso final LPDC, que se ocupa de sustraer expresamente de su regulación al transporte aéreo en materia de venta de sobrecupos (*overbooking*), al señalar que: *“serán sancionados con multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, los organizadores de espectáculos públicos, incluidos los artísticos y deportivos, que pongan en venta una cantidad de localidades que supere la capacidad del respectivo recinto. Igual sanción se aplicará a la venta de sobrecupos en los servicios de transporte de pasajeros, con excepción del transporte aéreo”*.

⁷⁰ Artículo 2° bis LPDC: *No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) En las materias que estas últimas no prevean; b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales*

Luego, frente al incumplimiento por parte del transportador de las obligaciones a que está afecto por no embarcar a un pasajero que se hubiere presentado oportunamente y cuyo boleto de pasaje estuviere previamente confirmado en un vuelo determinado, y atendida la expresa exclusión de la normativa sobre protección al consumidor, no podría obtener el resarcimiento a sus derechos por esta vía, lo que durante muchos años fue visto como un claro inconveniente por cuanto nuestro Ordenamiento carecía de una regulación orgánica y completa del *overbooking*⁷¹.

De otro lado, la LPDC impide a los consumidores demandar directamente a los proveedores del servicio debiendo accionar solamente en contra del intermediario. En efecto el art. 43 del citado cuerpo legal dispone que: *“El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables”*. Esta situación genera un inconveniente absolutamente atinente a la realidad del transporte aéreo en que en un número no menor de casos los contratos se celebran por medio de una agencia de viajes.

La exclusión de la normativa de consumidores en el transporte aéreo, se profundiza en la práctica por la exclusión que las líneas aéreas formulan en materia de Derecho de retracto⁷², es decir, la posibilidad para el consumidor de poner término unilateralmente al vínculo obligacional⁷³.

⁷¹ Vacío legal que ha venido a solucionar la Ley n° 20.381. *Vid Supra* n°2.2.2

⁷² En el Derecho español se le denomina Derecho de desistimiento y se encuentra regulado en el Capítulo II, del Título I, del Libro II (arts. 68 y sgts.) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias ((TRDCU, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y que adapta la legislación española a lo dispuesto por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, de derechos de los consumidores (que deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7).

⁷³ *Vid. Infra* 9.1.

La situación descrita implica que no sea extraño constatar que los pasajeros de transporte aéreo sufren vulneraciones en sus derechos tales como: discriminaciones tarifarias arbitrarias, retrasos, suspensiones, fusiones de vuelos, que nunca son de responsabilidad de la aerolínea y que se ven justificados por razones de seguridad, ya que en los hechos, nadie califica la veracidad de la causal invocada para dichas suspensiones, retrasos o fusiones.

La aplicación práctica de los derechos declarados para el pasajero en el transporte aéreo se ve dificultada, pues en definitiva está entregada a la información efectiva, veraz y oportuna que proporcione la compañía aérea en el *counter* o en las instancias de contacto con aquél, y al hecho insoslayable que el ejercicio efectivo del reclamo enfrenta severos costos de transacción que desincentivan el ejercicio de los derechos⁷⁴.

Derivado de lo recién expuesto, los consumidores de servicios aéreos de pasajeros que quisieren dirigirse en contra de la compañía prestadora del servicio deben accionar ante los tribunales ordinarios de justicia, ya que no se aplica a esta materia el procedimiento especial de la Ley de consumidores que se substancia ante los juzgados de policía local (JPL)⁷⁵, de acuerdo a la competencia que le otorga el art 50 A⁷⁶ de la LPDC, y que es mucho más simplificado que los

⁷⁴Intervención del ex director del Servicio Nacional del Consumidor, Sr. José Roa ante la cámara de diputados y que consta en el Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo Recaído en el Proyecto que Garantiza los Derechos de los Pasajeros de Transporte Aéreo. Boletín n° 5158-03-1 de la Cámara de Diputados de Chile.

⁷⁵ Se trata de tribunales especiales creados por la ley n° 15.231 de 03 de marzo de 1978, que fija su organización y atribuciones de competencia (art.13 y sgts.), no obstante que el procedimiento que se substancia ante ellos, se encuentra regulado por la ley n°18.287 de 07 de febrero de 1984. Conforme lo establece el art. 2° de la ley 15.231, los JPL existen en todas las ciudades cabeceras de región y en las comunas que tienen una entrada anual superior a 30 sueldos vitales anuales, de la Provincia de Santiago, lo que equivale aproximadamente a 61.000 € (en las demás, las funciones de juez de policía local son desempeñadas por el alcalde. No forman parte del Poder Judicial, sin embargo están bajo la supervigilancia directiva, correccional y económica de la Corte de Apelaciones respectiva.

⁷⁶Art. 50 A: *“Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor.*

procedimientos ordinarios, permitiendo, por ejemplo, la comparecencia personal de los interesados⁷⁷.

Podemos constatar en concreto que se produce una inconsistencia en el Ordenamiento, ya que si el pasajero sufriera una denegación de embarque, cancelación de vuelo o un gran retraso, conforme lo establece la nueva reglamentación del CA en el art 133F⁷⁸ (incorporado recientemente por la Ley n°20.831), el procedimiento a aplicar y el tribunal competente para conocer de su pretensión, es el mismo que en materia de derechos de los consumidores, mientras que si quiere formular una reclamación derivada de la celebración del contrato, no puede valerse de esta normativa ni del procedimiento particular regulado en ella, más aún, la aerolínea podría directamente negarle el ejercicio de un derecho, como ocurre en materia de derecho de desistimiento en las compras electrónicas.

Ante la insuficiencia de la normativa existente por muchos años, y el inexistente tratamiento doctrinario por parte de los autores o de la academia, fueron los tribunales ordinarios a través de sus pronunciamientos judiciales, en que el punto a discutir precisamente era la aplicación de las normas de la LPDC al contrato de transporte aéreo de pasajeros, quienes proporcionaron los primeros criterios al respecto.

Lo dispuesto en el inciso primero no se aplicará a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2° bis, emanadas de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la presente ley, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales.”

⁷⁷ Artículo 50C (inc. 1° y 2°) LPDC.- *“La denuncia, querella o demanda LEY 19955 deberán presentarse por escrito y no requerirán patrocinio de abogado habilitado. Las partes podrán comparecer personalmente, sin intervención de letrado, salvo en el caso del procedimiento contemplado en el Párrafo 2° del presente Título.*

En su comparecencia, las partes podrán realizar todas las gestiones procesales destinadas a acreditar la infracción y a probar su derecho, incluidas la presentación, examen y tacha de testigos, cuya lista podrá presentarse en la misma audiencia de conciliación, contestación y prueba”.

⁷⁸ Artículo 133 F CA.- *Las acciones individuales o colectivas destinadas a sancionar las infracciones a las normas contenidas en este Párrafo y a la obtención de las prestaciones, reparaciones e indemnizaciones que en él se establecen, se tramitarán conforme al procedimiento y ante los tribunales señalados en el Título IV de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, y para efectos de lo dispuesto en esta ley, será también competente, a elección del pasajero, el tribunal de su domicilio.*

Sin perjuicio de que la jurisprudencia sea escasa, podemos observar que en un primer estadio han negado la aplicación de las normas de la LPDC. Los argumentos más importantes para fallar en tal sentido guardan relación con la historia fidedigna del establecimiento de la LPDC en que el transporte aéreo se excluyó de la norma por tener una regulación específica contenida en el CA y su regulación complementaria, y porque en los casos de *overbooking* se daba la figura de que si bien es cierto que el pasajero no puede abordar el vuelo, no pierde el valor de su pasaje, pues conserva su derecho a volar en un viaje posterior⁷⁹.

⁷⁹ En tal sentido, pueden verse las sentencias de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 7 de enero de 2003, de la Corte Apelaciones de Santiago (rol 1570-2011), y de la Corte Suprema (1753-2008).

El fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, es que el que fijó la jurisprudencia a ese momento, y en su considerandos más relevantes dispone: *“3º El Código aeronáutico regula el transporte de pasajeros, y el hecho materia de la demanda de autos está dentro de sus previsiones. En efecto, el artículo 133 inciso 1º del código mencionado lo contempla como supuesto de hecho al cual asocia ciertas consecuencias jurídicas. Establece que “El transportador que no embarcare a un pasajero que se hubiere presentado oportunamente y cuyo boleto de pasaje estuviere previamente confirmado en un vuelo determinado, estará obligado a las prestaciones que señale el reglamento, sin perjuicio de las acciones de indemnización que correspondan, cuando no existiere una causa que lo exima de responsabilidad”.*

4º El D.S. N°113, de 9 de mayo de 2000, del Ministerio de Transporte, aprobó el Reglamento del artículo 113 del Código Aeronáutico. Y el artículo 142 del código citado establece que “en virtud del contrato de transporte, el transportador es obligado a indemnizar los daños causados con motivo u ocasión del transporte, en la forma y dentro de los límites establecidos en este código.” Los artículos 147 y 172 del mismo código se refieren al monto de la indemnización.

5º Por último, cabe considerar que el artículo 23 inciso 2º de la Ley 19.496, Ley sobre protección de los derechos de los consumidores, establece que “Serán sancionados con multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, los organizadores de espectáculos públicos, incluidos los artísticos deportivos, que pongan en venta una cantidad de localidades que supere la capacidad del respectivo recinto. Igual sanción se aplicará a la venta de sobrecupos en los servicios de transporte de pasajeros, con excepción del transporte aéreo.

6º En la historia fidedigna de la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores, se consigna lo siguiente: “El inciso 2º fue intercalado como una indicación de S.E. el Presidente de la República. Sobre este particular, el Director Nacional del Sernac manifestó que el ejecutivo presentó la indicación por estimar pertinente la existencia de una norma específica alusiva a una forma de defraudación que suele darse, tratándose de este tipo de actos de servicios artísticos, deportivos o de transporte de pasajeros, cuando se vende una cantidad superior a la de las localidades o asientos que permiten el recinto o transporte. Continuó explicando que el transporte aéreo se excluyó de la norma, porque en esta área además de tener una regulación específica, se da la figura de la no presentación del pasajero al momento de partir el avión, el que no pierde el valor de su pasaje, conservando su derecho a volar en un viaje posterior. En otros casos no se da esta posibilidad, ya que el pasajero o espectador si no asiste o no se presenta pierde su dinero y su derecho a ocupar su entrada o pasaje.”

7º En consecuencia, en lo sustantivo, el hecho materia de la demanda se rige por el Código Aeronáutico y en cuanto al procedimiento y a la competencia de los tribunales, rigen las reglas

No obstante lo anterior, no es extraño apreciar, cierta doctrina jurisprudencial que ha tendido a remediar por medio de sus pronunciamientos la situación de desequilibrio en que se encuentran los pasajeros aplicando muchas veces la LPDC. En tal sentido encontramos un fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 23 de Marzo de 2010⁸⁰, en que la Corte se pronuncia afirmativamente por la aplicación de la LPDC ante la insuficiencia del CA. Señala el fallo: *“Atendido el mérito de los antecedentes y teniendo únicamente presente que el Código Aeronáutico, en cuanto ley especial, no contempla procedimiento alguno de carácter indemnizatorio de perjuicios, por lo que cobra vigor en la especie la aplicación de la norma contenida en el artículo 2 bis letra c) de la ley 19.496, que hace plenamente aplicable al caso de que se trata, el derecho del consumidor o usuario, calidad que reviste la demandante, para recurrir de manera individual, conforme al procedimiento que dicho cuerpo legal establece ante el Juzgado de Policía Local correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el cumplimiento de una obligación contraída por sus consumidores”*.

En la misma línea argumental, la Corte Suprema, en fallo de 21 de julio de 2008⁸¹, indicó que procedía aplicar la LPDC en consideración a que el CA no contempla un procedimiento indemnizatorio especial. Según resolvió la Corte: *“No es óbice para concluir así, la regla del artículo 2º bis letra c) de la Ley Nº 19.496, que establece que sus disposiciones no se aplican a las actividades reguladas por leyes especiales, con excepción del derecho a recurrir en forma individual ante el tribunal correspondiente para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados en el incumplimiento de una obligación contraída por un proveedor, a menos que existan procedimientos indemnizatorios en la ley especial, pues aun cuando el Código Aeronáutico contenga normas especiales respecto del contrato*

generales. Por consiguiente, el Juzgado de Policía Local no es competente para conocer de la materia.

⁸⁰ Rol 3-2010

⁸¹ Rol 3023-2008.

de transporte aéreo, dentro de ellas no se incluye alguna referida al retardo o denegación de la prestación del servicio ni a la indemnización de los perjuicios”.

En materia de control de cláusulas abusivas en el contrato de transporte aéreo de pasajeros, la Corte Suprema⁸² dictaminó que :“... a juicio de estos sentenciadores, la citada cláusula resulta abusiva⁸³ en el caso de que se trata, en el contexto de un notorio y reconocido contrato de adhesión, que no debiera producir efecto alguno al tenor de lo que dispone la letra g) del artículo 16 de la Ley N° 19.496, toda vez que de manera alguna se acredita que la empresa LAN o su sustituta Iberia, actuando bajo su responsabilidad, haya hecho los esfuerzos necesarios para transportar "al pasajero y su equipaje con razonable puntualidad, según estaba obligada”. Agrega el fallo que: “con esa actuación descuidada y negligente provocó en el actor un evidente menoscabo, material y moral, que la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, no permite, sancionando infraccional y civilmente al proveedor que así actúa”.

Importante para el control preventivo de las cláusulas abusivas ha sido la Práctica Recomendada n°1724. No obstante si bien las compañías aéreas se han ido adaptando a estas recomendaciones, aplicándolas tanto a vuelos nacionales como internacionales, no es menos cierto que esta adaptación es relativa puesto que en la mayoría de los casos están acomodadas a las legislaciones internas y a los propios intereses de las compañías, y por otro lado no son seguidas por las compañías *low cost*⁸⁴ ya que estas líneas aéreas no son miembros la IATA, lo que

⁸² Rol 8573-2009.

⁸³Cláusula 8 condiciones generales LAN: "El transportador se compromete a hacer todo esfuerzo para transportar al pasajero y su equipaje con razonable puntualidad. Las horas que se indican en los itinerarios o en alguna otra publicación no están garantizadas en cuanto a su cumplimiento y no forman parte de este contrato. En caso de necesidad, el transportador, sin previo aviso, puede hacerse sustituir por otros transportadores o cambiar de material de vuelo y puede alterar u omitir paradas indicadas en el billete si fuere necesario. Los itinerarios están sujetos a cambios sin previo aviso. El transportador no asume la de garantizar conexiones”.

⁸⁴ Los servicios aéreos *low cost* son los prestador por transportadores que elaborando estrategias comerciales de estricta reducción de gastos, y de amplio aprovechamiento de recursos, compiten en el mercado aerocomercial, trasladando al pasajero los bajos costos ofreciendo prestaciones básicas a precios sensiblemente inferiores a los normales de transportadores tradicionales. Se encuentran reconocidas por la OACI. Se agrupan en Europa en la *European Low Fares Airlines*

ha producido que respecto de algunas de sus cláusulas generales⁸⁵ se haya sido discutido su carácter abusivo.

3.- CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE MERCANCÍAS

3.1.- Concepto e intervinientes

Se trata es una especie de contrato de transporte aéreo, más específicamente una subespecie dentro del transporte de cosas. A pesar de su regulación nacional e internacional en el CA, CV o CM, carece de definición legal⁸⁶.

En doctrina, Videla Escalada lo define como el contrato de transporte aéreo en que una parte, el transportista, se obliga a trasladar por un precio, de un lugar a otro, en aeronave y por vía aérea, una o varias cosas, que el expedidor se compromete a darle y que aquél debe entregarle a él mismo o a una tercera persona, el destinatario⁸⁷. Para Petit Lavall, es aquél por el cual una persona (transportista o porteador) se obliga a trasladar por vía aérea (mediante una aeronave) la mercancía puesta a su disposición por el expedidor, remitente o cargador en el tiempo y lugar convenidos, poniéndola a disposición del destinatario (consignatario) a cambio de un precio denominado flete⁸⁸.

En cuanto a la definición de mercadería, Tapia Salinas señala que son todas aquellas cosas que, propuestas para su transporte por un remitente y no comprendidas en ninguna de las excepciones y prohibiciones expresas, son aceptadas por un transportista, y en su consecuencia, se transportan o han de ser

Association (ELFAA). BALIÁN, Eduardo, “Aspectos Jurídicos de los Servicios de Transporte Aéreo Low Cost” en “XXXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial”, AAVV(Folchi, Mario; Comenale, Michele; LaTorre, Umberto; Morandi Francesco, Tranquilli-Leali, Rita, coord.),CEDAM, 2010, p. 495.

⁸⁵ Vid infra n° 8 de este trabajo

⁸⁶ PETIT LAVALL, María, *Derecho Aéreo y del Espacio*, AAVV, p.665, Marcial Pons, 2014.

⁸⁷ VIDELA ESCALADA, Federico, op.cit., p. 425.

⁸⁸ PETIT LAVALL, María, *Derecho Aéreo y del Espacio*, op. cit.p.665.

transportadas en una aeronave en las condiciones estipuladas en el contrato o carta de porte⁸⁹.

En este contrato intervienen como sujetos el porteador o transportista, el remitente o cargador⁹⁰, y el consignatario⁹¹ o destinatario de las mercancías transportadas. Se agrega como elemento formal la carta de porte aérea, cuyas funciones las estudiaremos a propósito de los documentos del transporte.

3.2.- Efectos del contrato de transporte aéreo de mercancías en el Derecho chileno

3.2.1.- Obligaciones y derechos del porteador

Las obligaciones del transportador o porteador aéreo están reguladas en el art. 127 y siguientes del CA, y en forma supletoria en el título V, del Libro II del CCo, art. 166 y siguientes que corresponde a las normas generales en materia de transporte terrestre, sin perjuicio de las normas de Derecho uniforme contenidas en el CV, en el CM y en las condiciones Generales IATA⁹².

En general la normativa que dispone el CA es básica, y por ello se debe ver complementada por las normas del CCo para que resulte suficiente. Sin perjuicio de ello, digamos que para la normativa chilena las obligaciones del porteador

⁸⁹ TAPIA SALINAS, Luis, op.cit. p. 430.

⁹⁰ HAMILTON lo define como: "El que encarga la conducción por cuenta propia o ajena" (op.cit., p.436). Para VIDELA ESCALADA señala que es quien encarga al transportista el traslado de las mercancías de un lugar a otro y se compromete a abonarle por ello un precio determinado y, por consiguiente, la relación contractual se liga entre ellos desde el momento de la formación del acto. Asume principalmente obligaciones de dar (op.cit., p. 431).

⁹¹ Artículo 166 del Código de Comercio: "*Se llama consignatario la persona a quien se envían las mercaderías. Una persona puede ser a la vez cargador y consignatario*".

⁹² En transporte internacional de mercancías estas condiciones se encuentran reguladas por la Resolución 600 b IATA aprobadas el 17 de octubre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 17 de marzo de 2008

consisten en efectuar el transporte en la fecha, horario y demás condiciones estipuladas (art. 127 CA)⁹³.

Debe recibir las mercaderías a transportar en el tiempo y lugar convenidos y cargarlas a bordo adecuadamente (art. 191 del CCo⁹⁴).

Debe emprender el viaje. Sobre esta última obligación cabe destacar que el transporte aéreo puede ejecutarse por el propio transportador contratante, o bien, por otros transportadores a quienes éste encargue el porteo, son los llamados transportadores efectivos. En el Ordenamiento Chileno esta institución se encuentra regulada en el art. 129 CA⁹⁵. En el CM esta materia se encuentra regulada en Capítulo V, referido al transporte aéreo efectuado por una persona distinta del transportista contractual, arts. 39 a 48.

Debe custodiar la carga⁹⁶ (art. 199 y 200 CCo, 18.1 CV y 18.3 CM). La obligación de custodia del transportador determina el periodo de responsabilidad

⁹³ Además, el art. 195 del Código de Comercio Chileno permite al transportista, una vez comenzado el viaje, poner término al contrato o suspenderlo, cuando sobreviniere un obstáculo de fuerza mayor. Si opta por lo primero, puede depositar la mercadería en el lugar más próximo a destino o retornarla al de su procedencia cobrándose un porte o flete proporcional por el trayecto recorrido tanto de ida como de vuelta, no pudiendo sobrepasar del flete íntegro o pactado inicialmente. Si opta por la suspensión del viaje, debe continuar tan pronto como se haya removido el obstáculo.

⁹⁴ Art. 191 CCo.- *“El porteador está obligado a recibir las mercaderías en el tiempo y lugar convenidos, a cargarlas según el uso de las personas inteligentes, y a emprender y concluir el viaje en el plazo y por el camino que señale el contrato.*

La violación de cualquiera de estos deberes impone al porteador la responsabilidad de los daños y perjuicios causados al cargador”.

⁹⁵ Art. 129 CA: *“El transportador podrá efectuar el transporte aéreo, en todo o parte, junto con otros porteadores; pero las órdenes relativas al derecho de disposición que sobre las mercaderías porteadas compete al cargador, sólo podrán ser dirigidas al transportador con el cual se haya celebrado el contrato.*

Sin aceptación expresa del transportador efectivo, no le serán oponibles las renunciaciones de derechos, declaraciones especiales de valor u otras obligaciones adicionales asumidas por el transportador contractual con el usuario, que no emanen de la naturaleza del contrato.

Sin perjuicio del derecho a repetir en contra del transportador en cuyo tramo se produjo el daño, todos los transportadores serán solidariamente responsables de la indemnización respectiva.

Además, la protesta prevista en el artículo 153 podrá ser dirigida a cualquiera de los transportadores”.

En el CM esta materia se encuentra regulada en Capítulo V, referido al transporte aéreo efectuado por una persona distinta del transportista contractual, arts. 39 a 48.

⁹⁶ En Derecho uniforme, 18.1 CV y 18.3 CM.

que pesa sobre el mismo, por cuanto el art. 149 CA dispone que la destrucción, pérdida o avería de la mercadería que se produjere durante el transporte aéreo de ella (o por retardo en su transporte), serán indemnizadas con una cantidad que no exceda de una UF por kilogramo de peso bruto de la carga. De acuerdo a lo que dispone el art 152 CA, el transporte aéreo comprende el período durante el cual los equipajes o las mercaderías permanecen bajo el cuidado del transportador, en un aeródromo, a bordo de una aeronave o en otro lugar cualquiera en el evento de un aterrizaje fuera de un aeródromo, no comprendiendo ningún transporte marítimo, terrestre o fluvial efectuado fuera de un aeródromo. No obstante, cuando alguno de estos transportes se efectúe en ejecución de un contrato aéreo, a fin de proceder a la carga, entrega o trasbordo, se presumirá que los daños producidos han sido causados durante el transporte aéreo.

Tanto el CA, como el CV y el CM, hacen referencia expresa a que la responsabilidad para el transportista comprende el período durante el cual las mercaderías se hallen “bajo la custodia” del transportista, lo que ha planteado dudas acerca de si esta expresión debe ser interpretada en forma restrictiva, es decir, que sólo se refiera a aquel momento mientras las mercancías están bajo el control del transportista o de sus dependientes o agentes, iniciándose el período de responsabilidad con la recepción de estas en el aeropuerto y concluyendo con su entrega a un tercero, o por el contrario dicho período es más amplio y comprende también el tiempo que las mercancías no están en poder del expedidor o del destinatario, sino por ejemplo en que se encuentran en manos de las autoridades aduaneras, tiempo en el cual muchas veces las mercancías se pierden o dañan⁹⁷.

Por último, debe avisar de la llegada de las mercaderías a destino; y entregar la carga al consignatario (art. 126 CA).

⁹⁷ PETIT LAVALL, María, “El contrato de transporte aéreo de mercancías”, op. cit p.5442

Los derechos que le asisten al porteador aéreo son: percibir el flete convenido; rehusar, condicionar o dejar sin efecto el transporte (art. 141 CA)⁹⁸; verificar la mercadería y la carta de porte; depositar judicialmente las mercaderías porteadas en caso de faltar el consignatario o destinatario en el punto de destino; y finalmente suspender, retrasar y cancelar el vuelo o modificar sus condiciones, y dejar sin efecto el contrato en los casos previstos por el art. 127 inc 2° CA⁹⁹.

3.2.2.- Obligaciones y derechos del cargador y del consignatario

A fin de que pueda cumplirse el objetivo que se persigue con el transporte aéreo, el cargador ha de ejecutar una serie de obligaciones que la Ley pone de su cargo, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes: debe pagar el porte o flete aéreo convenido (art. 126 del CA); debe entregar las mercaderías para su transporte (art. 180 CCo); debe suministrar los documentos para asegurar el libre tránsito de la mercadería; debe indicar con precisión las declaraciones relativas a la mercadería señaladas en la carta de porte y declarar aquellas que sean peligrosas permitiendo al porteador su inspección y reconocimiento (art. 140 del

⁹⁸ Art. 141 del CA.: *“El transportador, sin incurrir en responsabilidad, podrá rehusar, condicionar o dejar sin efecto el transporte de cualquier mercadería que pueda ser peligrosa para la seguridad del vuelo o la higiene de a bordo, o que no cumpla con las exigencias legales y reglamentarias relativas a su embalaje y acondicionamiento y a la documentación y permisos especiales requeridos”.*

Videla Escalada (ob.cit. pág. 466) señala que el derecho de un porteador de rehusar un transporte depende, en buena medida, de las condiciones de su respectiva concesión o autorización, ya que ésta puede imponerle obligaciones de llevar algunas mercaderías o prohibirle conducir otras.

⁹⁹ Que se refieren a que el transportista, puede suspender, retrasar y cancelar el vuelo o modificar sus condiciones por razones de seguridad o de fuerza mayor sobrevinientes, tales como fenómenos meteorológicos, conflictos armados, disturbios civiles o amenazas contra la aeronave

CA¹⁰⁰); y , debe indemnizar perjuicios causados al porteador (art. 140 inciso final CA¹⁰¹).

En cuanto a los derechos del cargador o expedidor aéreo, encontramos que puede exigir la realización del transporte en tiempo, forma y plazo pactado; disponer de la mercadería porteadada (art 187 CCo¹⁰²); y, puede dejar sin efecto el contrato en forma unilateral (art. 127 CA inc. 2° parte final).

Relativo al consignatario, que no es una parte original de este contrato, pero que sí puede ser el mismo cargador que contrató con el transportador como sucede cuando alguien contrata un transporte para sí, o un tercero distinto para quien el contrato de transporte en este caso vale como una estipulación a favor de otro (art. 1449 CC), los efectos de la convención surgen a su respecto al momento que acepta la remesa despachada a su favor. Como nuestro CA no contiene normas a su respecto, diremos que sus derechos y obligaciones se rigen por las reglas generales contenidas principalmente en el CCo, de las que destacamos: pagar el porte cuando fuere de su cargo y otorgar recibo de las mercaderías al transportador.

¹⁰⁰ Art 140 CA: *“El cargador es responsable de la exactitud de las indicaciones y declaraciones referentes a la mercadería señaladas en la carta de porte”.*

“Si el cargador encomienda el transporte de objetos o mercaderías peligrosas para la seguridad del vuelo, estará obligado a manifestar esta circunstancia al transportador y a procurarle los antecedentes y la asistencia que a éste le fueren necesarios para el adecuado cumplimiento de su cometido”.

Además, tratándose del transporte de mercaderías peligrosas, en el Derecho Chileno se aplica el decreto n° 746, *“Reglamento de Transporte sin Riesgo de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea”*, de 19 de Febrero de 1990.

¹⁰¹ Art. 140 inc. final CA.- *“El cargador deberá indemnizar al transportador y a cualquiera otra persona respecto de la cual éste sea responsable, por todo daño que sea consecuencia de sus indicaciones y declaraciones irregulares, inexactas o incompletas”.*

Situación regulada además en los arts. art. 16.1 CV y art. 18 CM.

¹⁰² Art. 187 CA.-. *“El cargador puede variar el destino y consignación de las mercaderías mientras estuvieren en camino, siempre que no las hubiere negociado con el consignatario u otro tercero; y el porteador deberá cumplir la orden que para este efecto recibiere, con tal que al impartírsela se le devuelva el duplicado de la carta de porte.*

Cumpliendo la orden sin este requisito, el porteador será responsable de los daños y perjuicios que acredite la persona damnificada por el cambio de destino o consignación”.

En derecho uniforme, arts. 12 CV y 12 CM.

Sus principales derechos son: exigir el cumplimiento del contrato de transporte en la forma y tiempo convenidos y obtener la entrega de las mercaderías en el punto de destino.

3.3.- Características del contrato

Las principales características del contrato de transporte aéreo de mercaderías, podemos sintetizarlas de forma similar que lo ya indicado a propósito del transporte de pasajeros¹⁰³, aunque con algunas precisiones específicas.

Es un contrato típico y nominado. Al igual que el transporte de pasajeros su normativa básica es la establecida en el CA, para transportes nacionales, y las establecidas en el CV y el CM para transportes internacionales.

Es bilateral. El transportador aéreo se obliga a transportar las mercaderías y el cargador, por su parte, se obliga a pagar el precio del flete convenido. En esta clase de transporte la aparición del destinatario o consignatario, si bien no le priva de esta característica ya que no es parte del contrato, implica que se le califique como contrato a favor de un tercero¹⁰⁴. En cuanto al momento en que nacen los derechos del consignatario emanados de este contrato, que sólo es un tercero al momento de celebrarse la convención, creemos que para que adquiriera tales derechos no basta sólo el conocimiento que éste tenga de la existencia y contenido de tal estipulación, sino que es menester que acepte, sea expresa o tácitamente, en los términos del art. 1449 del CC, su rol de consignatario puesto que nadie puede adquirir derechos u obligaciones sin su voluntad, sea mediante la aceptación del ejemplar de la carta de porte aérea que ha sido remitida por el cargador o expedidor a través del transportador aéreo, sea mediante la aceptación

¹⁰³ Vid. *Supra* 2.3

¹⁰⁴ PETIT LAVALL, María Victoria, “*El contrato de transporte aéreo de mercancías*” op. cit., p. 5432.

de las mercancías o mediante alguna otra declaración o manifestación de voluntad¹⁰⁵

Es un contrato causal. La causa de la obligación del transportador es el pago del flete que recibirá a cambio de la conducción, mientras que para el cargador la causa consiste precisamente en el traslado de las mercaderías de un lugar a otro.

Es oneroso. El contrato se celebra en utilidad de ambos contratantes, el transportador percibe el pago del flete; el cargador la conducción de sus mercancías.

Es un contrato principal, ya que no precisa de otro negocio jurídico para su perfeccionamiento y producir sus efectos, y además está sujeto a un régimen imperativo, que no es objeto de disposición por los contratantes, por cuanto se reconoce la asimetría existente entre una y otra parte.

En cuanto si se trata de un contrato consensual o uno real, diremos que esta característica admite discusión. En el Derecho chileno no existe problema en entenderlo como un contrato consensual. En el Derecho español, tradicionalmente se ha entendido como real para cierta doctrina¹⁰⁶, siguiendo lo dispuesto en el art. 102 de la Ley de navegación aérea española (LNA), de 23 de Julio de 1960, que establece que: *“El contrato de transporte de cosas se perfecciona con la entrega de las que sean objeto del mismo al transportista...”*; sin perjuicio de lo cual, exista

¹⁰⁵ Esta opinión concuerda con lo expresado en el art. 12.4 del CV, el cual señala: *“...sin embargo, si el destinatario rechaza la carta de porte o la mercancía, o si no pudiere ser habido, el expedidor recuperará su derecho de disposición...”*. Lo anterior es indicativo de que la voluntad del consignatario es esencial para que adquiera dicho rol, y lo debemos entender sin perjuicio de lo señalado en el art 13.1 del CV en cuya virtud el arribo de la mercancía al lugar de destino da derecho al consignatario a exigir la remisión de la carta de porte aéreo y la entrega de la mercancía, momento en que cesa el derecho del expedidor a disponer de las mercancías (art. 12.4 CV). En tal sentido, BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, Derecho de Transporte, Editorial Libromar, Valparaíso, 2002, p. 365.

¹⁰⁶ En tal sentido, SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo II, 17ª edición, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 361.

doctrina que considera hoy en día que se trata de un contrato consensual¹⁰⁷. En nuestra opinión, el transporte de mercaderías es un contrato consensual pues resulta evidente que las partes, por su voluntad concordante, pueden convenir que el acto sólo quede perfeccionado cuando se produzca la entrega de las cosas y es probable que la prudencia del transportador lo induzca a obrar de tal modo, ya que ello le permite controlar mejor la naturaleza de la carga e impedir que se embarquen cosas cuyo transporte esté prohibido o resulte peligroso, además de que sea la recepción de las mercaderías el momento desde el cual resulte responsable por la destrucción, pérdida, avería o retraso en la mercadería (149 y 152 inc. 1° CA), pero si no existe una manifestación de voluntad de los contratantes en tal sentido, basta su solo consentimiento para dejar formada la relación contractual. El consentimiento deberá recaer sobre el precio, sobre la cosa determinada a transportar y sobre el trayecto a realizar, si se trata de transporte de mercaderías.

Es un contrato de adhesión sujeto a condiciones generales de la contratación. Esto se cumple perfectamente en el transporte regular realizado por las aerolíneas cuando en sus aeronaves suelen transportar conjuntamente con los pasajeros, una determinada cantidad de mercancías. Cuando se trata de un transporte especialmente contratado por el usuario para el exclusivo traslado de sus mercancías (*charter*), cabe suponer una mayor elasticidad en las condiciones y es posible una discusión de las mismas hasta llegar a un acuerdo de voluntades. Constatar esta característica permite plantear la interrogante, al igual que en el transporte de pasajeros, acerca de si en este contrato se cumplen los supuestos fácticos y normativos para la aplicación de la LPDC¹⁰⁸.

4.- LA DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

¹⁰⁷ BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit, p. 190. PETIT LAVALL, María Victoria, *“El contrato de transporte aéreo de mercancías”* op. cit., p. 5431.

¹⁰⁸ *Vid. Supra* 2.4.

4.1.- Aspectos generales

También conocidos como títulos en el transporte aéreo, son definidos por Tapia Salinas¹⁰⁹ como aquellos documentos expedidos por el transportista en cumplimiento de un contrato y que habilitan al pasajero o remitente de una mercancía, al mismo tiempo que obligan al transportista, a ser utilizados en un transporte aéreo entre los lugares y en las condiciones en ellos estipulados.

No se debe confundir el título con el contrato mismo. Derivado del carácter consensual del contrato de transporte aéreo de pasajeros y de mercancías¹¹⁰, ocurre en la práctica que en el momento en el que el transportista expide los correspondientes títulos, está al mismo tiempo formalizando el contrato, con la expresión de voluntad y consentimiento manifestado por ambas partes.

Lo anterior no es más que la reunión de ambos elementos en un solo acto, es decir, compromiso de voluntad y título respectivo en cada tipo de transporte, es más, si no se expidieren estos títulos o documentos por parte del transportador, igual existirá en los hechos un contrato de transporte aéreo ya que, como hemos indicado, se trata de un contrato consensual y no de uno solemne¹¹¹.

Según estemos en presencia de un transporte aéreo de pasajeros o en un transporte de mercaderías, distinguiremos distintos documentos que, a efecto de su tratamiento, los desarrollaremos por separado.

4.2.- El billete de pasaje

¹⁰⁹ TAPIA SALINAS, Luis, op. cit., p. 424.

¹¹⁰ Vid. *Supra* 2.3 y 3.2

¹¹¹ Art. 3.2 CM: “Cualquier otro medio en que quede constancia de la información señalada en el párrafo 1 podrá sustituir a la expedición del documento mencionado en dicho párrafo. Si se utilizase uno de esos medios, el transportista ofrecerá al pasajero expedir una declaración escrita de la información conservada por esos medios”.

Para Tapia Salinas el billete de pasaje es *“el documento expedido por el transportista en cumplimiento de un contrato y que habilita al pasajero para utilizar el transporte aéreo entre los lugares y con las condiciones en él expresados”*¹¹². En la doctrina nacional chilena, Barroilhet y Díaz¹¹³ lo definen como: *“aquel documento que da cuenta de las condiciones del transporte aéreo de personas; se emite por el transportador, quien lo entrega al pasajero”*. El billete de pasaje no se define en el CA, ni en el CV, ni tampoco en el CM, sin perjuicio de que en todos estos cuerpos legales se contienen normas que regulan sus menciones y efectos¹¹⁴.

En cuanto a su naturaleza jurídica, para nosotros, se trata de un documento privado que hace fe de la existencia o de la celebración y de las condiciones o contenido del contrato, determinando su régimen legal aplicable. Esta función probatoria, que es propia de los documentos que se emiten para el transporte, no constituye una solemnidad del contrato ya que, según hemos dicho¹¹⁵, la falta, irregularidad o pérdida del billete no afecta a la existencia y validez o acreditación del contrato de transporte aéreo de pasajeros.

¹¹²TAPIA SALINAS, Luis, op.cit., p.400.

¹¹³BARROILHET ACEVEDO, Claudio, DÍAZ DÍAZ, Alejandro, op. cit., p. 368. VIDELA ESCALADA respecto de esta definición, cuestiona las palabras “en cumplimiento”, que dan la idea de ejecución y no de formación del contrato; el concepto lo encuentra básicamente correcto y le parece inteligente reproducirlo y aceptarlo reemplazando los términos cuestionados por “para instrumentar”. Con esa modificación, hace suyo el concepto (VIDELA ESCALADA, op.cit., p. 393). Para otros, la definición propuesta por Tapia Salinas es correcta sin que sea necesario hacerle modificación alguna. Argumenta que la observación de Videla Escalada parece provenir de la redacción del Código Aeronáutico Argentino, que en su art. 113 señala: *“El contrato de transporte de pasajeros debe ser probado por escrito. Cuando se trata de transporte efectuado por servicios regulares, dicho contrato se prueba con el billete de pasaje”*. VARGAS WAMAN, Rodrigo. *Algunos aspectos del contrato de transporte aéreo*, Universidad Católica de Chile, 1995).

¹¹⁴No obstante, la IATA lo ha definido a propósito de las condiciones generales. *“Billete significa el documento titulado «Billete de Pasaje y Talón de Equipaje» emitido por un transportista o, en nombre del mismo, por un agente de viaje autorizado que incluye las condiciones del contrato, los cupones de vuelo preceptivos y el cupón del pasajero, así como otros avisos útiles a éste”*. Se agrega que *“El billete constituye evidencia prima facie de la existencia del contrato de transporte entre el porteador y el pasajero”*, Artículos I y III.1 (a) de las Condiciones Generales de Transporte (Pasajeros) de IATA, vid. Práctica Recomendada 1013 de IATA.

¹¹⁵Vid. Supra 2.1

Este documento cumple fundamentalmente una función legitimatoria, considerándose en tal sentido como título de legitimación, es decir, un documento de presentación facultativa que facilita la acreditación del pasajero, en cuanto titular del derecho a la prestación del servicio de transporte por parte de la compañía aérea, pero que no excluye la posibilidad de aquél de demostrar su derecho por otros medios¹¹⁶. La adopción de un concepto amplio o restringido para la noción de título valor no se reduce únicamente a una cuestión de mayor o menor amplitud de cada una de las categorías documentales resultantes, sino que conlleva centrar la atención en la necesidad del documento para el ejercicio del derecho en cuanto a la función legitimatoria del título, respecto de todos aquellos documentos afines a los títulos valores circulantes o de fe pública. De este modo el billete de pasaje aéreo forma parte de aquellos documentos que media entre los meramente probatorios y los títulos valores en un sentido restringido¹¹⁷.

De acuerdo a lo expresado, si tuviéramos que encasillar al billete de pasaje dentro de la clasificación de los títulos valores, podríamos decir que se trata de un título de valor impropio, es decir, uno de aquellos documentos aptos para cumplir una función probatoria de una obligación nacida de un contrato y cuya celebración se acredita por el título, pero que en el caso de haber divergencia entre el tenor de éste y el contrato celebrado por las partes, prevalecerá este último¹¹⁸.

Lo anterior es comprobable en la legislación positiva chilena según lo dispuesto por el art. 131 del CA, cuando señala en su inciso final que: *“el billete de pasaje hace fe de la celebración y de las condiciones del contrato de transporte.*

¹¹⁶ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; “Nuevas Tendencias en la Documentación del Transporte Aéreo de Pasajeros: el Billete Electrónico”, en *RCE* n° 38, p.13.

¹¹⁷ PÉREZ MILLAN, David, “El billete de pasaje aéreo: función de legitimación y necesidad del documento para el ejercicio del derecho al transporte”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 263, año 2007, p.232.

¹¹⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial, Teoría General de los Títulos de Crédito, Letra de Cambio, Pagaré, Cheque y Títulos Electrónicos o Desincorporados*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición, Santiago, 2001, p.60.

La falta, irregularidades o pérdida del billete no afectarán a la existencia ni a la validez del contrato”.

En los Tratados Internacionales, disposición similar contiene el artículo 3.2 del CV que indica: *“el billete de pasaje hace fe, salvo prueba en contrario, de la celebración y de las condiciones del contrato de transporte. La ausencia, irregularidad o pérdida del billete no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que quedará sujeto a las reglas del presente convenio”.* El CM, por su parte en el art 3.2 establece que: *“cualquier otro medio en que quede constancia de la información señalada en el párrafo 1 podrá sustituir a la expedición del documento mencionado en dicho párrafo. Si se utilizase uno de esos medios, el transportista ofrecerá al pasajero expedir una declaración escrita de la información conservada por esos medios”.*

El espíritu de estos textos legales es claro, en orden a declarar que el billete de pasaje no es una formalidad esencial *ad solemnitatem*, admitiéndose por tanto, cualquier otro medio de prueba que permita acreditar la existencia, validez y condiciones del contrato.

En cuanto a la transferibilidad del billete de pasaje, de la misma forma que ocurre en las Convenciones Internacionales que se caracterizan por la ausencia absoluta de regulación, la legislación nacional chilena contenida en el CA no contiene regla alguna al respecto¹¹⁹.

De tal manera que, al no existir norma expresa que la prohíba, y si se siguiera las reglas generales del Derecho común sobre cesión de derechos, se podría entender como posible la transferibilidad del billete de pasaje atendida su calidad de título de crédito, conforme a las reglas de los arts. 1901 y siguientes del CC, que regulan la cesión de derechos personales.

¹¹⁹ En el Derecho Español, el art. 93 de la LNA consagra expresamente que: *“el billete de pasaje es un documento nominativo e intransferible”.*

Para un sector de la doctrina, parece claro que de ser admisible la transferencia del billete, sería preciso que la compañía aérea que expide el billete tuviera conocimiento del nuevo legitimado, al igual como sucede en la cesión de cualquier crédito¹²⁰, lo que se justificaría además por razones de seguridad y en casos especiales, además para evitar la elusión de requisitos exigidos para aplicar ciertas bonificaciones tarifarias atendido la residencia de determinados pasajeros¹²¹.

Una interpretación distinta, y para el caso que el billete de pasaje aéreo se emitiera al portador, considera, con carácter general, que ciertos documentos con eficacia legitimatoria (de la que sin duda participa el billete de pasaje aéreo), y sin designación del destinatario de la prestación como puede ser un billete de pasaje emitido de tal forma, pueden cumplir una función circulatoria exonerando al eventual cesionario del derecho documentado de la carga de notificar al deudor de la cesión, pues, aunque en teoría fuese exigible, en la práctica no tiene sentido la notificación por parte de un sujeto anónimo de haber cedido el crédito a otro sujeto anónimo¹²².

No obstante lo anterior, el debate que en teoría pudiera tener lugar se limita absolutamente en la práctica por las compañías aéreas, que reiteradamente establecen en sus condiciones generales¹²³ lo dispuesto por la IATA en su práctica recomendada 1724, que en el art. 3.1 letra d, señala que: *“el billete es intransferible. Si alguien distinto del titular lo presenta para volar o reclamar su importe, el porteador no será responsable ante el legítimo dueño si de buena fe*

¹²⁰ Contenida en el Derecho Español en los arts.1527 CC y 347 CCo.

¹²¹ Como los habitantes de Canarias, Ceuta, Melilla y las Islas Baleares. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, *“Nuevas Tendencias...”* op.cit. p.17 y 18. En Chile, de la misma situación participan los habitantes de la Isla de Pascua

¹²² PÉREZ MILLAN, David, *“El billete de pasaje aéreo...”*, op.cit., p.239.

¹²³ Así por ejemplo: *“El Billeto emitido a nombre del pasajero es nominativo, personal e intransferible, y su emisión podrá realizarse total o parcialmente a través de medios físicos o electrónicos”*. Condiciones del contrato de transporte LAN, n°2.1, en http://www.lan.com/es_cl/sitio_personas/condiciones-del-contrato-de-transporte/.

proporciona el transporte o devuelve el importe a la persona que presente dicho billete”.

En cuanto a las menciones de este documento, la legislación chilena establece en el art. 131 CA que el billete de pasaje debe contener, “*a lo menos*”, las siguientes indicaciones:

- a) lugar y fecha de expedición¹²⁴;
- b) nombre del pasajero y del transportador o transportadores;
- c) puntos de partida y de destino¹²⁵;
- d) precio y clase del pasaje¹²⁶.

El art. 3 del CV, en su versión modificada por el Protocolo de La Haya (PH), establece la obligación de expedir un billete de pasaje con las siguientes menciones¹²⁷:

- a) la indicación de los puntos de partida y destino;

¹²⁴ La fecha de la expedición es un dato de interés para determinar la validez del billete cuando en dichos documentos no esté determinada la fecha del viaje. Si no existe plazo de validez del billete, de acuerdo a VARGAS WAMAN (op.cit.89, p. 37), su duración estará determinada por las reglas generales, que en este caso corresponderían al art. 2515 del CC, aunque en la práctica el billete tendrá una duración de seis meses desde la fecha de su emisión, a menos que se estipule otra cosa en el propio billete, en los reglamentos del transportista o en las condiciones del transporte (estas últimas están en directa relación con la tarifa pagada por el pasajero). Transcurrido tal plazo el billete perderá todo valor.

¹²⁵ Entendemos que la obligación del transportador queda cumplida al trasladar al pasajero al punto de destino convenido en el contrato. Si se ha estipulado un aeropuerto específico donde deba ser trasladado el pasajero, no puede considerarse cumplida la obligación del transportador sino hasta que conduzca al pasajero al punto específico convenido y no sería suficiente que el transportador concluya el viaje en un aeropuerto distinto al estipulado, aunque se encuentre en la misma ciudad.

¹²⁶ Esto guarda relación con las distintas tarifas y beneficios que pueden ir relacionados con esta, los que dependerán según cuál sea la clase del billete: *first class, bussines, premium economy* o turista.

¹²⁷ El texto original del art 3° del CV señalaba las siguientes menciones: a) *“lugar y fecha de su emisión; b) los puntos de salida y destino; c) las escalas previstas, bajo reserva para el transportador de la facultad de estipular que podría modificarlas en caso de necesidad y sin que la modificación pueda hacer perder al transporte su carácter de internacional; d) nombre y domicilio del transportador o los transportistas; e) la indicación de que el transporte está sometido al régimen de responsabilidad establecido por la presente Convención”.*

- b) si los puntos de partida y de destino están situados en el territorio de una sola Alta Parte Contratante, y se ha previsto una o más escalas en el territorio de otro Estado, deberá indicarse una de esas escalas;
- c) un aviso indicando que, si los pasajeros realizan un viaje cuyo punto final de destino o una escala, se encuentra en un país que no sea el de partida, el transporte podrá ser regulado por el Convenio de Varsovia, en el cual, en la mayoría de los casos, limita la responsabilidad del transportista por muerte o lesiones, así como por pérdida o averías del equipaje.

El CM en su art 3° párrafo 1° señala que en el transporte de pasajeros se expedirá un “documento de transporte” (ya no se habla de billete de pasaje), individual o colectivo¹²⁸, que contenga:

- a) la indicación de los puntos de partida y destino;
- b) si los puntos de partida y destino están situados en el territorio de un solo Estado Parte y se han previsto una o más escalas en el territorio de otro Estado, la indicación de por lo menos una de esas escalas.

En ninguno de los citados cuerpos normativos se prohíbe a las partes la inclusión de otras menciones en el documento. Si tenemos en consideración que se trata de un contrato consensual, y que este documento pese a su importancia práctica no se emite sino en cumplimiento de una formalidad por vía de prueba, no existe impedimento para que las partes agreguen a sus elementos esenciales otras cláusulas accidentales y las hagan contar en el documento que da cuenta del contrato.

La expresión “a lo menos” del CA, si bien a nuestro juicio denota que los requisitos mencionados en la norma son elementos esenciales del documento, no

¹²⁸ Se incorpora expresamente esta posibilidad (antes no estaba prohibida) puesto que es un mecanismo que se encuentra cada vez más difundido por la expansión de los vuelos no regulares o *charter*. AAVV, *Transporte Aéreo Internacional-Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional- Montreal 1999* (FOLCHI, Mario, dir.), ALADA, 2002, p.102.

impide que las partes puedan incorporar otros como efectivamente ocurre en la práctica al incorporarle por ejemplo, el número de vuelo, los puntos de escala, el asiento que ocupará el pasajero, la fecha y hora de la partida etc.

Estas menciones mínimas coinciden con las obligaciones esenciales del transportador aéreo de pasajeros, dotando por tanto al pasajero de un eficaz instrumento de prueba del contrato, aunque no sea el único documento para este fin¹²⁹.

Con todo, y tal como se ha observado a propósito de la regulación del billete de pasaje en la LNA para el caso español¹³⁰, en el Derecho chileno se aprecia una fundamental diferencia entre la regulación nacional establecida en el CA y la regulación internacional, eventualmente aplicable, contenida en el CV, ya que en esta último se exige hacer constar en el billete alguna indicación acerca del régimen de responsabilidad del transportista, contemplándose una severa indemnización para el caso de incumplimiento de dicha obligación y que consiste en la imposibilidad que afecta al porteador de ampararse en los límites indemnizatorios previstos en los convenios¹³¹, aunque según algunos¹³², la exención de responsabilidad del CV, no solía operar porque muchas aerolíneas (siguiendo las iniciativas de la IATA) ya habían hecho renunciaciones voluntarias a los límites establecidos en la Convención, y, además por el hecho de que bastaría por parte de la línea aérea un mensaje o recibo de confirmación por vía electrónica que en caso de incluir el contenido exigido por el 3.2 CV supondría un cumplimiento suficiente del requisito.

¹²⁹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro; op.cit., p. 369

¹³⁰ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; "Nuevas Tendencias..." op.cit., p. 11 y 12

¹³¹ Art. 3.2 CV en su versión modificada por el PH: *"El billete de pasaje hace fe, salvo prueba en contrario, de la celebración y de las condiciones del contrato de transporte. La ausencia, irregularidad o pérdida del billete no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que quedará sujeto a las reglas del presente Convenio. Sin embargo, si, con el consentimiento del transportista, el pasajero se embarca sin que se haya expedido el billete de pasaje, o si este billete no comprende el aviso exigido por el párrafo 1, c), el transportista no tendrá derecho a ampararse en las disposiciones de artículo 22"*.

¹³² En tal sentido, PETIT LAVALL, María Victoria, *"El contrato de transporte aéreo de mercancías"*, op. cit., p.5434.

La situación descrita, no se regula de la misma forma en el CM, el cual a diferencia del CV, establece que incumplir las disposiciones atinentes a la documentación y a la obligaciones de las partes relativas al transporte de pasajeros, equipaje y carga (contenidas en el Capítulo II), no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, el que no obstante, quedará sujeto a las reglas del Convenio, incluyendo las relativas a los límites de responsabilidad¹³³.

4.3.-Tarjeta de embarque

Este documento, propio del contrato de transporte de pasajeros, se emite por las compañías con ocasión del *check in* o registro del pasajero y responde a un trámite de control que viene impuesto por el art. 29.f del Convenio de Chicago de 1944, sobre aviación civil internacional, el cual exige que en los vuelos de pasaje la aeronave lleve una lista de pasajeros embarcados con sus lugares de origen y destino¹³⁴.

Consiste en una cartulina donde se incorporan datos más concretos que los incluidos en el billete de pasaje acerca de: las condiciones de vuelo, el nombre del pasajero, los de la compañía aérea, el número de vuelo, así como otras informaciones útiles, tales cuales la puerta y hora de embarque y el asiento preasignado, a la que se suele adjuntar el billete correspondiente al trayecto que se va a efectuar¹³⁵.

Su función está orientada a favorecer la agilización, el control y la coordinación del embarque, por ello en los servicios aéreos con conexiones a otros vuelos

¹³³ Art. 3.5 CM: *“El incumplimiento de las disposiciones de los párrafos precedentes no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte que, no obstante, quedará sujeto a las reglas del presente Convenio incluyendo las relativas a los límites de responsabilidad”*.

¹³⁴ Materia que se vincula directamente con la protección de datos personales. Sobre el particular, *vid infra* apartado 12 de este trabajo.

¹³⁵ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; “Nuevas Tendencias...”, *op.cit.* p. 6 y 7.

(cuyas operaciones de embarque requieren de una especial rapidez), las tarjetas de embarque se emiten al portador en lugar de expedirse forma nominativa, tienen un contenido mínimo y ni siquiera se adjuntan al cupón del billete de pasaje. En tales vuelos, la doctrina llega a justificar que, a falta de presentación del título, el transportista pueda denegar el embarque, ya que la carga que para él representa tener que comprobar la legitimación del pasajero por otro medio, puede acarrear una demora en las operaciones de embarque que es incompatible con este tipo de servicio¹³⁶.

Su principal función se relaciona con la legitimación activa del pasajero. De hecho, y al igual que lo que ocurre con el billete del pasaje, el legislador no exige la posesión efectiva de la tarjeta de embarque para hacer efectivos los derechos que emanan y se derivan para el pasajero en el contrato de transporte aéreo, toda vez que se trata de una convención de carácter consensual.

Sin perjuicio de lo anterior, las compañías aéreas añaden en el condicionado general de los contratos, y fundamentalmente en los supuestos de adquisiciones de billetes *online*, la exigencia de que los pasajeros en el momento de la facturación o del embarque, porten la tarjeta de embarque incluso en soporte papel en algunos casos, aún cuando les hubiera sido remitida o puesta a su disposición por medios electrónicos a fin de poder abordar el vuelo¹³⁷, lo que según veremos sería contrario al principio de la equivalencia funcional, e incluso podría constituir una cláusula abusiva¹³⁸.

4.4.-El talón de equipaje

No se encuentra definido en ninguno de los cuerpos normativos objeto de nuestro análisis, pero sí se encuentra regulado en los arts. 135 a 136 CA, en el art.

¹³⁶ GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.328.

¹³⁷ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, op cit. p. 59.

¹³⁸ *Vid. infra* 9.2 de este trabajo.

4° CV y en art.3.3 CM, respectivamente. Se le ha definido como el documento expedido por el transportista a consecuencia de un contrato de pasaje aéreo, que habilita al pasajero para transportar por vía aérea y entre los lugares expresados en aquel contrato, una determinada cantidad de equipaje gratuitamente y en calidad de registrado, o el exceso sobre el mismo, según en este último caso con las condiciones expresamente pactadas¹³⁹.

El talón de equipajes “hace fe” de haberse facturado el equipaje y de las condiciones del contrato de transporte. La ausencia, irregularidad o pérdida del talón no afectan a la existencia ni a la validez del contrato (art 135 inc. final CA, 4.2 CV, 3.5 CM), se trata por lo tanto, de un documento privado que tiene por función acreditar la celebración y contenido del contrato de transporte aéreo de equipaje, sin que por ello exista norma legal que eleve su emisión y contenido al rango de formalidad por vía de prueba o solemnidad del mismo¹⁴⁰.

Según lo establece el art. 135 CA, el transportador debe expedir en duplicado un talón o recibo por el equipaje que transporte (exceptuándose los objetos que el pasajero lleve consigo como equipaje de mano) y entregar al pasajero un ejemplar del talón. El mismo art. 135 CA en su inc. 2° prescribe que el talón o recibo de equipaje debe contener las siguientes menciones: los puntos de partida y de destino; la cantidad de bultos; el valor declarado en su caso. Si el talón o recibo está combinado o inserto en el billete de pasaje, sólo se requerirá la mención de la letra b), y la declaración de valor, en su caso, irá en documento separado¹⁴¹. Agrega la norma que podrán extenderse tantos talones o recibos como bultos se transporten. A diferencia de lo que ocurría con el billete de pasaje, este precepto no establece menciones mínimas para el talón de equipaje, lo que no obsta en caso alguno para que las partes hagan constar en él otros pactos o elementos

¹³⁹ TAPIA SALINAS, Luis, op. cit., p. 476.

¹⁴⁰ Incluso el art. 4.2 CV admite prueba en contrario del contenido del documento.

¹⁴¹ La *ratio legis* estriba en que, tal como hemos señalado (*vid. supra* 2.1), el transporte de equipajes no es un contrato principal sino dependiente del pasaje o transporte de personas, de tal suerte que un transporte de equipaje que no estuviere unido al transporte de un pasajero constituiría un transporte de mercancías y se sujetaría por tanto a sus normas.

accidentales, como ocurre, por ejemplo, con los defectos aparentes que presenta el equipaje o su embalaje¹⁴².

Por la declaración de valor expedidor y transportista dejan constancia de una determinada valoración de todo o parte de los bienes transportados, a objeto que, en caso de producirse un daño en las mercaderías transportadas, se deba indemnizar una cantidad equivalente al valor de la suma indicada. La cantidad acordada puede ser inferior o superior al valor real de la mercadería, sólo se exige para la eficacia de la declaración, que el monto no sea inferior al límite indemnizatorio. El acuerdo no necesariamente debe constar por escrito, toda vez que ninguna norma lo exige, pudiendo acreditarse un acuerdo verbal, pero será preciso que se establezca inequívocamente que la declaración se ha hecho para tal efecto, al momento en que el expedidor hace entrega de las mercaderías al porteador¹⁴³.

El CA utiliza la expresión “declaración especial de valor”¹⁴⁴ y no la de especial “declaración de intereses” que se observa en otros cuerpos normativos¹⁴⁵. Tal divergencia no es una mera cuestión terminológica, por cuanto atendida las diferencias entre una y otra, se pueden producir repercusiones prácticas. La declaración de valor implica que la cifra declarada por el pasajero viene a preestablecer el valor de la mercancía y que este será el importe que como

¹⁴² BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, op. cit., p.373, para quienes de lo anterior se desprende que el contrato de transporte de equipajes, al ser accesorio del transporte de pasajeros, tiene la misma característica consensual que éste y por lo tanto los documentos, billete de pasaje y talón de equipajes, cumplen las mismas funciones

¹⁴³ LECAROS SÁNCHEZ. José Miguel, “*La responsabilidad civil y la actividad aeronáutica*”, Librotecnia, 2012, p. 185.

¹⁴⁴ El equipaje con especial declaración de valor es aquél cuyo especial valor se declara al transportista y por el cual, con el objeto de que ante una eventual incidencia no se aplique los límites indemnizatorios ordinarios, se paga una tasa suplementaria adicional. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “Transporte de equipajes: influencia de las aerolíneas de bajo coste en la política de las aerolíneas tradicionales y en la normativa española”, en *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, AAVV (DEIANA, Massimo, coord.), Edizioni AV, 2013, p.44

¹⁴⁵ Como el art. 4 del Reglamento (CE) n° 2027/07, del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, modificado por el Reglamento (ce) no 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de mayo de 2002, que difiere de los dispuesto en el CM (art. 22.2 CM) donde se utiliza la expresión “especial declaración de valor”. En materia de transporte por carretera el CMR consagra las dos expresiones en el art 24 y en el art. 58, con diferente significado.

máximo estará obligado a pagar el porteador en concepto de indemnización para los supuestos de incidencia con el equipaje. Una declaración de interés, por el contrario permitiría no sólo incrementar los límites legales de resarcimiento, sino reclamar daños más allá de los directos, permitiendo eventualmente por esta vía perseguir el pago de perjuicios indirectos como el daño moral o el lucro cesante, aún cuando el importe indicado por el pasajero no deja de constituir una presunción que el porteador podrá desvirtuar probando cuanto importan realmente los intereses lesionados¹⁴⁶.

En el Derecho uniforme, el art 4°.1 CV (modificado por el PH de 1955), señala que el transportador deberá expedir un talón de equipaje con las menciones ahí señaladas cuando el talón no se encuentre combinado con un billete de pasaje¹⁴⁷. La obligación se establece respecto de equipajes facturados¹⁴⁸, esto es, el equipaje que el porteador guarda en las bodegas de la aeronave o en otros recintos, distinto del equipaje de mano que el pasajero conserva bajo su cuidado. La falta irregularidad o pérdida del talón de equipaje no afectará a la validez del contrato (art. 4.4 CV), aunque el porteador no tendrá el derecho a prevalerse de las disposiciones que limitan su responsabilidad¹⁴⁹, en caso de aceptar el equipaje

¹⁴⁶ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “Transporte de equipajes...”, op. cit p.45 a 47, quien aporta además que el origen de la expresión “especial interés de valor” se encuentra en la traducción al español del CV de 1929, que en su versión original en francés utilizó la expresión “especial interés de valor”. A juicio de la autora, y refiriéndose a la discrepancia existente entre el CM y el Reglamento (CE) 2027/97, debe prevalecer éste último en aras de la uniformización de las normas, permitiendo con ello resolver una particularidad injustificada del texto en español.

¹⁴⁷ Tales menciones son: a) indicación de los puntos de partida y de destino; b) si los puntos de partida o de destino están situados en el territorio de una sola Alta Parte Contratante, y se ha previsto una o más escalas en el territorio de otro Estado, deberá indicarse una de estas escalas; c) un aviso indicando que, si el transporte cuyo punto final de destino o una escala, se encuentra en un país que no sea el de partida, podrá ser regulado por el Convenio de Varsovia, el cual, en la mayoría de los casos, limita la responsabilidad del transportista por pérdida o averías del equipaje”

¹⁴⁸ Guerrero Lebrón lo define como, “aquél de cuya custodia se hace cargo exclusivamente el transportista, que emitirá una etiqueta de identificación de equipaje por cada bulto de equipaje facturado”. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.215.

¹⁴⁹ Art. 4.2 CV “...si el transportista recibe bajo custodia el equipaje sin que haya expedido un talón de equipaje, o si éste en el caso de que no esté combinado con un billete de pasaje que cumpla con los requisitos del art. 3.1 c), o incorporado al mismo no comprende el aviso exigido por el párrafo 1 c), no tendrá derecho a ampararse en las disposiciones del art. 22.2”. Esta redacción está dada por el PH de 1955. En el texto original de Varsovia, la sanción consistía en la pérdida del derecho a eximirse de tal responsabilidad o de limitarla y procedía si se omitía la indicación del

sin expedir el documento, o sin contener las indicaciones relativas al número del billete de pasaje, número y peso de los bultos e indicación de que el transporte queda sometido a las limitaciones de responsabilidad del CV¹⁵⁰.

El CM, dispone en el art. 3.3 que: *“el transportista entregará al pasajero un talón de identificación de equipaje por cada bulto de equipaje facturado”*. No se hace mención expresa al equipaje de mano y se cambia la terminología de “talón de equipaje” a “talón de identificación del equipaje”, lo que se ha considerado es un avance en cuanto a la denominación de este documento¹⁵¹. Se aplica a su respecto el art. 3.4, en cuanto a que al pasajero se le entregará un aviso escrito indicando que cuando sea aplicable el Convenio, éste regirá la responsabilidad del transportista por destrucción, pérdida o avería del equipaje, y por retraso. De acuerdo a lo que dispone el art. 3.5, el incumplimiento de las disposiciones de los párrafos precedentes no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte que, no obstante, quedará sujeto a las reglas del CM incluyendo las relativas a los límites de responsabilidad. Lo anterior, marca una sustancial diferencia respecto del CV.

Este talón de equipaje cumple tres funciones fundamentales. En primer lugar sirve para dar cuenta de la existencia y contenido del contrato de transporte aéreo de equipaje. Esto se refiere tanto a sus elementos (partes y equipaje), como a sus obligaciones (viaje, lugares de origen y de destino), las condiciones generales, el régimen legal aplicable (según sea CA, CM o CV) y los demás pactos que las partes estipulen.

En segundo lugar, sirve para acreditar que el transportador ha tomado bajo su custodia el equipaje, lo que se denomina facturar el equipaje, es decir, el acto por

número del billete de pasaje, del número y peso de los bultos y la indicación de sumisión al régimen de Varsovia.

¹⁵⁰ En tal sentido PETIT LAVALL, María Victoria, *“El contrato de transporte aéreo de mercancías”*, op. cit., p.5435.

¹⁵¹ FOLCHI, Mario O; en *“Transporte Aéreo Internacional-Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional- Montreal 1999”*, AAVV (FOLCHI, Mario, dir.), ALADA, 2002, p.105.

el cual el porteador recibe bajo su custodia el equipaje a transportar, consignándolo en el documento. El precio de la conducción de este equipaje se incluye en el pasaje por el transporte del pasajero, quien no se obliga al pago de porte extra por el acarreo del equipaje, a menos que su cantidad, volumen o peso exceda las cantidades asignadas por el transportador, lo que variará según la línea aérea, el tramo contratado, etc. La importancia de la facturación radica en el hecho de que desde ese momento el equipaje ingresa a la custodia del transportador aéreo, quedando por tanto determinado el momento desde el cual el porteador responderá por el daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado¹⁵². Se excluye de la facturación el equipaje de mano, que permanece dentro de la esfera de resguardo y custodia del pasajero¹⁵³, aunque para el CM, el término equipaje significa tanto el equipaje que se ha facturado, como el equipaje no facturado (art. 17.4 CM).

Por último, el talón de equipaje permite legitimar al pasajero para requerir la restitución del equipaje al término del vuelo. La sola presentación del talón de equipaje permite reclamar la entrega del equipaje en destino, cualquiera sea la persona que lo presente (art. 136 del CA), por lo tanto según la generalidad de la

¹⁵² El art. 17 del CM en sus párrafos 2° y 3° establece la responsabilidad objetiva por la pérdida del equipaje facturado, además de permitir al porteador “exonerarse” de tal responsabilidad al establecer que: “el transportista es responsable del daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado por la sola razón de que el hecho que causó la destrucción, pérdida o avería se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase bajo la custodia del transportista. Sin embargo, el transportista no será responsable en la medida en que el daño se deba a la naturaleza, a un defecto o a un vicio propio del equipaje. En el caso de equipaje no facturado, incluyendo los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes (párrafo 2°). Si el transportista admite la pérdida del equipaje facturado, o si el equipaje facturado no ha llegado a la expiración de los veintidós días siguientes a la fecha en que debería haber llegado, el pasajero podrá hacer valer contra el transportista los derechos que surgen del contrato de transporte (párrafo 3°).

¹⁵³ Particularmente claro al respecto es el art. 97 inc. 3° de la LNA española, que dispone: “No se considerará equipaje a este efecto los objetos y bultos de mano que el viajero lleve consigo. El transportista estará obligado a transportar de forma gratuita en cabina, como equipaje de mano, los objetos y bultos que el viajero lleve consigo, incluidos los artículos adquiridos en las tiendas situadas en los aeropuertos. Únicamente podrá denegarse el embarque de estos objetos y bultos en atención a razones de seguridad, vinculadas al peso o al tamaño del objeto, en relación con las características de la aeronave”.

doctrina nacional constituye un título que representa al equipaje¹⁵⁴. A falta de dicho título, el transportador podrá exigir la identificación de quien tenga derecho a reclamar el equipaje y diferir su entrega hasta que ella le sea acreditada suficientemente (art 136 inc. final CA). En la práctica no se suele exigir su presentación, esto a pesar de lo indicado, pues lo habitual es que la recogida del equipaje en el aeropuerto de destino se realice por los pasajeros en las cintas transportadoras destinadas al efecto, sin que se efectúe una comprobación individualizada de la legitimación de cada pasajero. Por lo cual el talón de equipaje adquiere especial importancia en aquellos casos de pérdida o retraso del equipaje facturado¹⁵⁵.

Consciente de la responsabilidad que para las aerolíneas implica la custodia del equipaje de los pasajeros, la IATA ha anunciado una nueva resolución (753), que comenzará a regir en 2018 y que exige a las aerolíneas un mayor monitoreo del equipaje, obligando a registrar las piezas que lo compongan cada vez que cambie de custodia¹⁵⁶. Lo que se busca es mantener la tranquilidad de los pasajeros, y específicamente, en caso de que se pierda alguna pieza del equipaje permite que puedan ser rastreadas con mayor facilidad, ya que habrá más detalle acerca de dónde se encontraban en el instante anterior a su pérdida. Asimismo se espera que esta medida beneficie a las aerolíneas, ya que disminuirá

¹⁵⁴ Igual carácter se atribuye en el Derecho chileno según lo veremos, a la totalidad de los títulos del transporte que implican entrega de equipajes o mercaderías. *Vid. Infra*. 4.5.4.4.

¹⁵⁵ En tal sentido, GUERRERO LEBRÓN, María, en *Derecho Aéreo y del Espacio*, AAVV (MORILLAS, PETIT, GUERRERO) Marcial Pons, 2014, p.392, 393.

¹⁵⁶ New landscape in baggage management | SITA.aero, http://www.sita.aero/content/Newlandscape?utm_source=socialmedia&utm_medium=es&utm_campaign=blg, visita del 15 de enero de 2015. Quienes también se verán obligados a efectuar cambios para cumplir con esta resolución son los aeropuertos implementando los mecanismos de rastreo necesarios. Hoy en día, algunos terminales cuentan con mecanismos que permiten localizar los equipajes, como por ejemplo Heathrow Airport en Londres, donde se puede rastrear los equipajes de los viajeros a lo largo de todo el aeropuerto.

Dentro de las iniciativas adoptadas por las propias aerolíneas, Delta Airlines llegó a ofrecer, a modo de promoción, para quienes esperaran más de 20 minutos la recogida de sus equipajes en las cintas transportadoras 2500 millas de recompensa. Oferta que se estima no es tan atractiva, puesto que son muy pocos quienes los pasajeros que están dispuestos a contar el tiempo de espera y luego llenar una forma en que comprueban la espera y solicitan las millas ofrecidas. *Do Luggage Guarantees Really Matter?* en <http://skift.com/2015/02/23/do-luggage-guarantees-really-matter>, visita del 27 de febrero de 2015.

los tiempos de espera para despegue de aviones que recién han dejado los equipajes de sus pasajeros.

4. 5.- La carta de porte aérea o *air waybill* (AWB)¹⁵⁷

4.5.1.- Concepto y aspectos generales

Al igual que el billete de pasaje y el talón de equipaje, la carta de porte aéreo no se define en el CA para el Derecho chileno, ni en el CV o el CM en el Derecho uniforme. Sin perjuicio de ello, puede inferirse indubitadamente a partir de los preceptos que establecen sus menciones, funciones y efectos, que se trata del documento que da cuenta de las condiciones del transporte aéreo de mercancías.

Se le ha definido como el documento que instrumenta la formación de un contrato de transporte aéreo en virtud del cual el transportista se obliga a trasladar determinadas mercaderías al lugar convenido y hacerlas llegar al destinatario que

¹⁵⁷ Acerca de la denominación del documento del transporte aéreo de mercancías *vid* GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; “La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad” en AAVV, *Derecho Patrimonial y Tecnología* (MADRID PARRA, Agustín; Dir.), p.183 y siguientes, Marcial Pons. Madrid, 2007. Según indica la autora, han sido múltiples las expresiones que se han usado para denominar a la carta de porte, desde “conocimiento” en la Convención de París de 1919 y en las primeras legislaciones Italianas sobre la materia, a la expresión actual de “carta de porte aéreo” que proviene de la traducción de la versión original francesa del CV, que utiliza el término *lettre de transport aérien*. No obstante, si bien la única versión auténtica del CV de 1929 era la francesa CV, el nombre del documento no se encontraba entre las indicaciones que con carácter imperativo recogía el art. 8 del mismo convenio. Agrega que la traducción inglesa del CV utilizó la expresión “*air consignment note*”, pero que a partir de la reforma introducida por el PH de 1955 pasó a su denominación actual *air waybill*, que es la más extendida en el mundo, sin perjuicio de existir múltiples variantes de esta, como por ejemplo *master air waybill*, *house air waybill*, entre otras y que dependen según la variable que adopte el transporte de las mercaderías.

le indique el expedidor, quien se compromete a entregárselas y abonar el precio pactado¹⁵⁸.

Probablemente su principal función es de dar cuenta de la existencia y contenido del contrato de transporte aéreo de mercancías. Este documento acredita que el porteador ha recibido las mercaderías bajo su custodia para su posterior conducción hacia el destino pactado. Además es prueba del peso, volumen, embalaje de las mercancías, número de bultos, condiciones y estado en que fueron recibidas por el porteador¹⁵⁹. Se encuentra regulado en los arts. 135 y siguientes del CA, arts. 5 y siguientes del CV y en los arts. 4 y siguientes del CM.

4.5.2.-Menciones de la carta de porte aérea

De forma similar a como abordáramos el tratamiento del billete de pasaje¹⁶⁰, señalaremos cuáles son las menciones del AWB para los distintos instrumentos que lo regulan. En el art. 137 CA se establecen las menciones de la carta de porte aérea en el Derecho chileno. Son las siguientes: lugar y fecha de su otorgamiento; nombre y domicilio del cargador, del transportador y del consignatario; puntos de partida y de destino; naturaleza y estado aparente de las mercaderías y del embalaje; número de bultos, clase de su embalaje y marcas; peso, volumen o dimensiones de las mercaderías o los bultos; precio del transporte; el valor declarado de las mercaderías, en su caso, y cualesquiera otros pactos o condiciones que acordaren los contratantes. Como vemos, la norma del CA se ocupa de regular, en forma específica, principalmente aspectos concretos relativos a las mercaderías transportadas.

¹⁵⁸ VIDELA ESCALADA, Federico; op.cit., p. 440.

¹⁵⁹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, op.cit., p. 377

¹⁶⁰ Vid. *Supra* 4.2

El art. 8° del CV, modificado por el PH de 1955¹⁶¹, prescribe que la carta de porte deberá contener las siguientes menciones:

- a) la indicación de los puntos de partida y de destino;
- b) si los puntos de partida y destino están situados en el territorio de una sola Alta Parte Contratante, y se ha previsto una o más escalas en el territorio de otro Estado, deberá indicarse una de esas escalas;
- c) un aviso indicando a los expedidores que, si el transporte cuyo punto final de destino, o una escala, se encuentra en un país que no sea el de partida, podrá ser regulado por el Convenio de Varsovia, el cual, en la mayoría de los casos, limita la responsabilidad del transportista por pérdida o averías de las mercancías.

El art 5° CM, simplifica el contenido de la carta de porte respecto del CV. De acuerdo a esta disposición, la carta de porte aéreo o el recibo de carga deberán incluir:

- a) la indicación de los puntos de partida y destino;
- b) si los puntos de partida y destino están situados en el territorio de un solo Estado Parte y se han previsto una o más escalas en el territorio de otro Estado, la indicación de, por lo menos una de esas escalas; y
- c) la indicación del peso del envío.

¹⁶¹ La versión original de Varsovia contenía otras menciones tales como, el lugar en que el documento ha sido otorgado; fecha de otorgamiento; nombre y domicilio del expedidor; nombre y domicilio del primer transportista; nombre y domicilio del destinatario; la naturaleza características y estado aparente de la mercancía y de su embalaje; la fecha y el lugar del pago del porte y la persona obligada al pago; número de ejemplares de la carta de porte aéreo; documentos entregados al transportista junto a la carta de porte; el plazo del transporte y la cláusula de sumisión al sistema de Varsovia. Con todo, pese a la simplificación de las cláusulas de la carta de porte en el CV después del PH 1955, hay transportadores que por la vía de la costumbre aeronáutica internacional siguen insertando algunas de las enunciaciones de la versión original de Varsovia, incluso, como se puede observar, hay muchas similitudes entre esta versión y el art.137 del CA.

Además, el CM establece en el art 6°, la posibilidad de exigirle al expedidor un documento relativo a la naturaleza de la carga si es que ello fuere necesario para cumplir con las formalidades de aduanas, policía y otras autoridades públicas similares, estableciendo en todo caso que esta obligación no crea para el transportista ningún deber, obligación ni responsabilidad resultantes de lo anterior¹⁶².

Tal situación también podemos encontrarla en la legislación nacional chilena en el inc. 2° del art 140 CA, que establece: *“si el cargador encomienda el transporte de objetos o mercaderías peligrosos para la seguridad del vuelo, estará obligado a manifestar esta circunstancia al transportador y a procurarle los antecedentes y la asistencia que a éste le fueren necesarios para el adecuado cumplimiento de su cometido”*.

4.5.3.- Emisión de la carta de porte aéreo

Según prescribe el art. 138 del CA, la carta de porte aéreo se extiende en tres ejemplares. El primer ejemplar llevará la indicación “para el transportador” y será firmada por el cargador, el segundo ejemplar llevará la indicación “para el consignatario”, será firmado por el cargador y el transportador y deberá acompañar a la mercadería, el tercer ejemplar, será firmado por el transportador y entregado por éste al cargador previa aceptación de la mercadería, aunque el

¹⁶² FOLCHI aporta que, en el seno de la discusión en la Conferencia Diplomática de mayo de 1999 que adoptó el CM, acerca del art 5° relativo a la menciones que debía contener la carta de porte, numerosa fue la cantidad de Estados que abogaron porque dentro de las menciones se incluyera la mención referida a la “naturaleza de la carga, aduciendo motivos de seguridad en el caso de transporte de mercancías peligrosas, así como para trámites aduaneros y otros. En contrario se argumentaba, por ciertas delegaciones, que no era necesario ya que el Protocolo de Montreal n° 4 de 1975 no lo consideraba y que en ningún caso su inclusión contribuiría a simplificar la documentación incorporada sobre todo cuando se refiriera al empleo de medios electrónicos modernos, y al hecho de que por lo demás, este tema ya estaba cubierto por el anexo 18 del Convenio de Chicago. Agrega el autor, que finalmente en el penúltimo día de conferencia se suprimió este requisito en el art. 5° y se incorporó un nuevo art 6° con la redacción actual, lo que a su juicio es de relevancia y resultó como consecuencia de un punto de equilibrio entre dos posiciones fuertemente argumentadas. FOLCHI, Mario O; “Transporte Aéreo Internacional...”, ob.cit ALADA, 2002, p.118).

transportista puede estampar su firma antes del embarque de la mercancía a bordo de la aeronave, además, establece que la firma de las partes podrá ser reemplazada por un sello (en la práctica suele ser un timbre) y que se podrán extender tantas cartas de porte como bultos se transporten.

El CV (modificado por el PH de 1955), señala en su art. 6 que la carta de porte aéreo se extenderá por el expedidor en tres ejemplares originales y se entregará con la mercancía. El primer ejemplar llevará la indicación “para el porteador”; será firmada por el expedidor, el segundo ejemplar llevará la indicación “para el destinatario”; será firmada por el expedidor y el porteador y acompañará a la mercancía, el tercer ejemplar será firmado por el porteador y entregado por él al expedidor después de haber aceptado la mercancía. El CM no hace más que reproducir el contenido de esta norma en su art 7^o¹⁶³.

No obstante esta normas, en la práctica es frecuente que se expidan múltiple copias del documento. Puede ser normal que de cada AWB se emitan entre ocho y doce copias en diferentes colores. De ellas, sólo las tres primeras estarán marcadas como originales (lo que la práctica denomina cartas de porte madre), y no todos, tendrán el mismo valor probatorio ni desempeñarán las mismas funciones. El primer ejemplar, llevará la indicación “para el transportista”, y lo firmará el expedidor, el segundo ejemplar llevará la indicación “para el destinatario”, y lo firmarán el expedidor y el transportista, el tercer ejemplar lo firmará el transportista, que lo entregará al expedidor, previa aceptación de la carga. El resto de los ejemplares (cartas de porte hijas), que son copias de los originales, serán para transportistas adicionales, para el aeropuerto de destino,

¹⁶³ Artículo 7° CM. Descripción de la carta de porte aéreo.

1. La carta de porte aéreo la extenderá el expedidor en tres ejemplares originales.
2. El primer ejemplar llevará la indicación “para el transportista”, y lo firmará el expedidor. El segundo ejemplar llevará la indicación “para el destinatario”, y lo firmarán el expedidor y el transportista. El tercer ejemplar lo firmará el transportista, que lo entregará al expedidor, previa aceptación de la carga.
3. La firma del transportista y la del expedidor podrán ser impresas o reemplazadas por un sello.
4. Si, a petición del expedidor, el transportista extiende la carta de porte aéreo, se considerará salvo prueba en contrario, que el transportista ha actuado en nombre del expedidor..

para el agente de handling, y para que pueda ser usada por el transportista para cumplir otras funciones, como por ejemplo, formalidades de aduana”¹⁶⁴.

Si a petición del expedidor el porteador extendiere la carta de porte aéreo, se considerará que él obra por cuenta del expedidor. Esto se explica porque según el art. 5° del CV y 7.4 del CM quien emite la carta de porte es precisamente éste, siendo un derecho para el transportador exigir su emisión y para el expedidor exigir del porteador que acepte el documento.

Lo anterior se justifica en el hecho de que sólo el cargador tiene conocimiento acerca de los datos relativos a la naturaleza, el peso, la cantidad y el embalaje de las mercancías, aspectos que no son conocidos por el transportador hasta que recibe la carga y la examina.

De otro lado, existen datos que provienen del transportador o requieren de su conformidad, por lo que generalmente el porteador proporciona la carta y el cargador llena los datos relativos a la mercancía. De ahí entonces que se permita al porteador confeccionar la carta de porte aéreo por cuenta del cargador, salvo prueba en contrario¹⁶⁵. Con todo, es práctica internacional de las empresas de transporte aéreo contar con formularios pre-impresos de cartas de porte, donde hacen constar las condiciones del transporte¹⁶⁶ y que sólo deben ser llenadas por el cargador con toda la información relativa a las mercancías, porque tal como hemos indicado, se trata de un contrato de adhesión sujeto a condiciones generales de la contratación¹⁶⁷.

La responsabilidad del cargador aéreo por la emisión de la carta de porte aéreo

¹⁶⁴ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La Carta de Porte Aéreo Electrónica...”, op.cit., p. 187

¹⁶⁵ En tal sentido BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, op.cit., p. 385; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La Carta de Porte Aéreo Electrónica...”, op.cit., p. 186.

¹⁶⁶ En que reproducen la Resolución 600 b IATA relativa a las Condiciones Generales del Transporte Aéreo de Mercancías.

¹⁶⁷ *Vid supra* 3.3

se regula en el art.140 inc. 1°del CA, al indicar que: *“el cargador es responsable de la exactitud de las indicaciones y declaraciones referentes a la mercadería señaladas en la carta de porte”*. La infracción a esta obligación de veracidad, conlleva la responsabilidad señalada en el inciso final de la citada norma, la cual dispone que *“el cargador deberá indemnizar al transportador y a cualquiera otra persona respecto de la cual éste sea responsable, por todo daño que sea consecuencia de sus indicaciones y declaraciones irregulares, inexactas o incompletas”*.

El CM regula esta responsabilidad del porteador en el art. 10.1° y 10.2°, al establecer que el expedidor es responsable de la exactitud de las indicaciones y declaraciones concernientes a la carga inscritas por él o en su nombre en la carta de porte aéreo, o hechas por él o en su nombre al transportista para que se inscriban en el recibo de carga o para que se incluyan en la constancia conservada por los otros medios mencionados en el párrafo 2 del artículo 4. Lo anterior se aplicará también cuando la persona que actúa en nombre del expedidor es también dependiente del transportista. Agrega el párrafo 2° que el expedidor indemnizará al transportista de todo daño que haya sufrido éste, o cualquier otra persona con respecto a la cual el transportista sea responsable, como consecuencia de las indicaciones y declaraciones irregulares, inexactas o incompletas hechas por él o en su nombre.

En cuanto a la omisión de la carta de porte aéreo o de alguna de sus menciones, en el CA no se establece una sanción especial, lo que lleva a algunos a estimar que aplicando en forma supletoria (por mandato del art. 6°CA), los arts. 177 a 181 del CCo, se concluye que la omisión de alguna de las menciones de la carta de porte aéreo no destruye su mérito probatorio, pudiendo suplirse la designación omitida por cualquier medio de prueba y para el caso de omisión total del documento se aplica lo dispuesto en el art. 181 del CCo, según el cual: *“no*

habiendo carta de porte, o no enunciándose en ella el estado de las mercaderías, se presume que han sido entregadas al porteador sanas y en buena condición” ¹⁶⁸.

El CV (modificado por el PH de 1955), en su art. 9, preceptúa que si con el consentimiento del transportista se embarcan mercancías sin expedirse una carta de porte aéreo o si esta omite la declaración de la eventual sumisión al Convenio, el porteador pierde el derecho a limitar su responsabilidad. El CV original era aún más drástico pues incluía además como sanción la pérdida del derecho de eximirse de responsabilidad.

El CM tal como lo comentamos a propósito del billete de pasaje y del talón de equipaje, ha eliminado las consecuencias jurídicas que pudieren desprenderse de la omisión de los documentos de transporte aéreo de pasajeros en el art.3.5.

El mismo principio que se observa en el art. 9 CM, que establece: *“el incumplimiento de las disposiciones de los artículos 4° a 8° no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte que, no obstante, quedará sujeto a las reglas del presente Convenio, incluso las relativas a los límites de responsabilidad”*.

4.5.4.- Funciones de la carta de porte aéreo

4.5.4.1.- Consideraciones generales

Acerca de las funciones del AWB¹⁶⁹ se reconoce como elementales: ser instrumento de prueba y efecto del contrato; y, como secundarias, ser título de legitimación, y de presunción de ejecución del contrato.

¹⁶⁸ BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, op.cit., p. 382.

¹⁶⁹ TAPIA SALINAS, Luis, op.cit., p. 500.

Al otorgarle a este documento un carácter de presunción de ejecución del contrato, se parte de la base de que con la expedición de la carta de porte han sido aceptadas las mercaderías por el transportador, luego no cabe sino presumir que con la aceptación por parte del transportador de la carta de porte, éste llevará a cabo el traslado de las mercaderías a destino.

Se ha relativizado por algunos, que como caracteres de la carta de porte se indique que sea efecto del contrato y presunción de ejecución del mismo. Para esta tesis, la carta de porte aérea es, desde cierto punto de vista, efecto de la convención, además de que integra el ser mismo del acto como uno de sus elementos. Pero en cuanto al valor que tendría como presunción de cumplimiento del contrato, sólo puede referirse a las obligaciones del expedidor y siempre que se entienda que, como ocurre ordinariamente, el transportista sólo acepta la carta de porte cuando recibe la mercancía, mas no es necesario que ello ocurra siempre así, sino que, por la naturaleza consensual de la convención, la carta de porte puede redactarse en el momento de perfeccionarse el contrato y las cosas ser entregadas al transportista con posterioridad y dejar para más adelante el pago del precio, de manera que aún respecto del cargador, la presunción sólo puede ser tenida en consideración en algunas hipótesis y carece de valor universal¹⁷⁰.

En el Ordenamiento chileno se ha entendido tradicionalmente que las funciones del AWB son: probar la existencia y las condiciones del contrato; acreditar la entrega de las mercancías del porteador al transportista y las condiciones en que se hace esta entrega; y además, tal como veremos, ser un título valor representativo de las mercaderías transportadas.

A lo anterior, necesariamente debemos agregar la función que le otorga el CM en en art. 12.1, de servir como mecanismo para ejercer o bloquear el derecho de disposición que tiene el cargador sobre las mercancías.

¹⁷⁰ VIDE LA ESCALADA, Federico, op. cit., p. 441.

Analizaremos cada una de las funciones enunciadas. Posteriormente abordaremos el tema de cuáles de estas funciones pueden igualmente satisfacerse al momento de *electronificar* o *desmaterializar* los documentos del transporte aéreo, y cuáles son las consecuencias jurídicas que de ello se derivan¹⁷¹.

4.5.4.2.- La carta de porte aéreo como prueba del contrato de transporte aéreo y sus condiciones.

La carta de porte aérea acredita la existencia y contenido del contrato de transporte (arts. 137 CA, 11.1 CV y 11.1CM), aún cuando su emisión no constituye solemnidad alguna, ni tampoco tiene el carácter de formalidad por vía de prueba, según se desprende de los arts. 139 CA, 5.2 CV y 9 CM.

Dicha característica es consecuencia del carácter consensual de este contrato, ya que si bien la legislación positiva chilena establece la obligatoriedad de instrumentarlo por escrito mediante una carta de porte¹⁷², tal documento no es esencial para la existencia del contrato en sí, siendo por lo tanto su valor meramente probatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, a nuestro juicio es evidente que el AWB por su contenido es el instrumento más apto para probar la celebración de un determinado contrato de transporte aéreo de mercancías y las cláusulas que en éste han convenido las partes, sin perjuicio de lo cual, son diversos los aspectos de dicha función que pueden resultar discutidos¹⁷³.

En primer lugar, no está claro si todos los ejemplares originales tienen el mismo valor probatorio, y para el caso de que se entienda que no es así, el contenido de cuál de los ejemplares es el que debe entenderse que prevalece. En segundo lugar, se deberá esclarecer si la respuesta a lo anterior es unívoca o

¹⁷¹ Vid. *Infra* en el apartado 8° de la presente investigación

¹⁷² Art 137 inc. 1° CA. “*Para el transporte de mercaderías se extenderá.....*”

¹⁷³ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La Carta de Porte Aéreo Electrónica...”, op. cit., p.192).

depende del aspecto de la operación de transporte que se esté debatiendo: por ejemplo, la cuestión de si se trata de una sola operación a efectos de la aplicación del art. 1.3 CV y 1.3 CM (si los varios segmentos en que se fragmentan la ejecución del transporte son considerados por las partes como una sola operación con el objeto de que el transporte pueda calificarse como “internacional”); la declaración de valor como valor de la carga, etc.

4.5.4.3- La carta de porte aéreo como comprobante de entrega de las mercaderías

La carta de porte se emite y entrega en el momento en que las mercancías pasan a la custodia del porteador, por lo tanto será prueba además del peso, volumen, embalaje, número de bultos y estado aparente en que se encuentran las mercaderías, menciones que se exigen al momento de emitirla y dan origen a una prueba contra el transportador en la medida que éste hubiere verificado tales datos en presencia del cargador y se hubiere dejado constancia de ello en la carta de porte (art. 139 CA)¹⁷⁴.

En Derecho uniforme, la función de recibo que cumple el AWB la encontramos en el art. 7 CV y en el art. 8 CM, cuando disponen que en caso de que existan diferentes bultos, el transportista de la carga tendrá derecho a pedir al expedidor que extienda cartas de porte aéreo separadas.

A propósito de esta función podemos decir que el AWB, posee un valor probatorio privilegiado¹⁷⁵, aunque en forma parcial según se deriva de los arts. 11.1 CV y CM. En el caso de esta función en concreto, el privilegio de su valor probatorio sólo resulta de las declaraciones relativas peso, dimensiones de

¹⁷⁴ Situación diferente se encuentra en el art. 11.2 del CV modificado por el PH de 1955 que exige el mismo requisito de presencia y constancia sólo respecto de la cantidad, volumen y estado de las mercancías, mas no respecto de su estado aparente.

¹⁷⁵ PETIT LAVALL, María Victoria, “*El contrato de transporte aéreo de mercancías*”, op. cit., p.5434.

embalaje y número de bultos¹⁷⁶, pero no participan de la misma fuerza las indicaciones relativas a la cantidad, volumen y estado de las mercancías, al no constituir prueba en contra del transportista salvo que éste haya comprobado la mercancía en presencia del expedidor y se haya hecho constar en la carta de porte aéreo a través de las denominadas reservas, o se trate de indicaciones relativas al estado aparente de la mercancía.

Se ha dicho que de todos los ejemplares emitidos, el que verdaderamente desempeña esta misión es el tercero¹⁷⁷ (según disponen los arts. 6.2 CV y 7.2 CM), pues es este ejemplar el que firmará el transportista quien lo entregará al expedidor previa aceptación de la carga.

A este respecto se debe añadir, que desde la reforma operada por el Protocolo de Montreal nº 4 de 1975 se admite la utilización de cualquier medio que deje constancia de la información del transporte que haya de efectuarse, en un primer momento con el consentimiento del expedidor, y desde la entrada en vigor del CM, con independencia de que exista o no dicho consentimiento.

Lo anterior es posible puesto que el legislador ha dispuesto que, en esos casos, el transportista entregará al expedidor, si así lo solicitara éste último, un recibo de carga que permita la identificación del envío y el acceso a la información de la que quedó constancia reservada por esos medios.

4.5.4.4.- La carta de porte aéreo como título representativo de las mercaderías y título valor.

¹⁷⁶ Art. 11.2 CM: *“Las declaraciones de la carta de porte aéreo o del recibo de carga relativas al peso, las dimensiones y el embalaje de la carga, así como al número de bultos constituyen presunción, salvo prueba en contrario, de los hechos declarados; las indicaciones relativas a la cantidad, el volumen y el estado de la carga no constituyen prueba contra el transportista, salvo cuando éste las haya comprobado en presencia del expedidor y se hayan hecho constar en la carta de porte aéreo o el recibo de carga, o que se trate de indicaciones relativas al estado aparente de la carga”.*

¹⁷⁷ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La Carta de Porte Aéreo Electrónica...”, op. cit., p.190 y 191.

En el ordenamiento chileno es un hecho aceptado que al igual que todos los documentos del transporte, la carta de porte aéreo es un título representativo de las mercaderías por cuanto permite, contra su presentación, requerir la entrega de las mercaderías en destino a la persona, que según el documento, esté habilitada para recibirlas. Además, al ser la carta negociable, permite hacer entrega de las mercaderías en él representadas, por medio de la cesión, endoso o entrega del documento.

Esta concepción encuentra su fundamento legal en art. 149 n° 1 Cco (a propósito de las normas de la compraventa mercantil), que señala: *“La entrega de la cosa vendida se entiende verificada: 1°. Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura en los casos de venta de mercaderías que vienen en tránsito por mar o por tierra”,* y se complementa por lo dispuesto en el 202 CCo que prescribe: *“Si la carta de porte hubiere sido cedida o negociada, la entrega de las mercaderías se hará al cesionario, endosatario o al portador en su caso”*. Siguiendo esta doctrina, se trataría de una tradición ficta o simbólica, consagrada en el art. 684 n° 3 del CC¹⁷⁸. Así, de acuerdo al art 6° CA, en relación con el 149 n°1 y 202 del CCo, y el referido 684 n°3 del CC, la entrega de la mercadería vendida que viene en tránsito se verifica por la transmisión de la carta de porte o factura.

No obstante lo anterior, no se encuentra entre las normas del CA relativas a la carta de porte aérea, preceptos que establezcan su negociabilidad y transferencia, por el contrario, todo el sustento de la tesis que postula al AWB como un título valor representativo de las mercaderías transportadas, se justifica por la aplicación, mediante reenvío supletorio, del art. 6° CA al art. 176 CCo¹⁷⁹, relativo a

¹⁷⁸ Art. 684 CC.- *“La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:*

3°. Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa”;

¹⁷⁹ Art. 176 CCo.- *“La carta de porte puede ser nominativa, a la orden o al portador.*

El cesionario, endosatario o portador de la carta de porte se subroga en todas las obligaciones y derechos del cargador”.

la carta de porte terrestre, y al art. 977 del mismo Código¹⁸⁰, que regula al conocimiento de embarque marítimo.

Es por esta razón que su cesión se regularía por el art 162 y siguientes¹⁸¹ del CCo, debiendo prevenirse¹⁸², que si el ejemplar de la carta de porte aérea del consignatario viaja junto con la mercadería, la negociación del tal documento debe hacerse con el ejemplar del cargador, o en documento separado, o bien, a la entrega de este ejemplar al consignatario llegando a destino.

En el Derecho uniforme esta doctrina de considerar a la carta de porte aérea como un título valor representativo de las mercaderías transportadas, encontró fundamentación en algún momento por lo dispuesto en el art. 15 del CV (modificado por el PH 1955) que señalaba: *“nada en el presente convenio impedirá la expedición de una carta de porte aéreo negociable”*, luego podía concluirse que si tanto el sistema nacional como el internacional permitía, o más bien no prohibía la cesión, endoso, o entrega del documento, esto implicaba necesariamente el derecho a solicitar la entrega de la mercancía en destino para quien sucediera al consignatario en calidad de tal, otorgándole entonces a la carta de porte la calidad de título representativo de las mercaderías, pudiendo emitirse en forma nominativa a la orden o al portador.

¹⁸⁰ Art. 977 CCo.- *“El conocimiento de embarque es un documento que prueba la existencia de un contrato de transporte marítimo, y acredita que el transportador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercancías y se ha obligado a entregarlas contra la presentación de ese documento a una persona determinada, a su orden o al portador”*.

¹⁸¹ -Art. 162 CCo: *“La cesión de un crédito no endosable se sujetará a las reglas establecidas en el título De la cesión de derechos del Código Civil.*

La notificación de la cesión se hará por un ministro de fe, con exhibición del respectivo título.

Para que se haga bastará el simple requerimiento del cesionario;

-art. 163 CCo: *“El deudor a quien se notifique la cesión y que tenga que oponer excepciones que no resulten del título cedido, deberá hacerlas presentes en el acto de la notificación, o dentro de tercero día a más tardar, so pena de que más adelante no serán admitidas.*

Las excepciones que aparezcan a la vista del documento o que nazcan del contrato, podrán oponerse contra el cesionario en la misma forma que habrían podido oponerse contra el cedente”;

-art. 164 CCo: *“La cesión de los documentos a la orden se hará por medio del endoso, y la de los documentos al portador por la mera tradición manual”.*

¹⁸² BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, op.cit., p. 383.

No obstante lo anterior, la marcada doctrina chilena orientada a conferir la categoría de título valor representativo de mercaderías al AWB y la posibilidad teórica de aceptar la negociabilidad del documento, no responde a la tendencia internacional presente en el Derecho comparado a partir de la reforma hecha en el CV por el Protocolo de Montreal nº 4 de 1975, que suprimió el inciso que añadió al art. 15 CV el PH, norma angular para quienes defienden la negociabilidad del AWB.

Más aún, en los mismos términos se mantiene la redacción del nuevo texto del CM (que regula al AWB en los arts 4° y sgts.), por lo que en este nuevo instrumento uniformador de las reglas del transporte aéreo internacional no se reconoce de forma expresa la posibilidad de emitir una carta de porte aérea negociable.

Lo anterior no es más que el reconocimiento de lo que viene sucediendo en la práctica¹⁸³, pues la rapidez del transporte aéreo hace difícil que la propiedad de las mercancías se transfiera en el curso del transporte. De hecho, en los propios modelos estandarizados por la IATA, figura expresamente indicado “no negociable”, por lo que son documentos que no admiten transferibilidad¹⁸⁴.

Entre las ventajas¹⁸⁵ que reportaría una carta de porte aéreo que pudiese calificarse como título representativo de las mercancías adquiere relevancia en los sistemas que requieren para la transmisión de la propiedad un título y un modo (tal es el caso del Ordenamiento chileno al igual que el español), además que haría posible la reventa de la mercancía en tránsito legitimando al comprador para la recepción de las mismas en el lugar de destino, facilitaría la constitución de derechos reales sobre la mercancía, como la prenda, permitiría que el banco emisor concediese el crédito confiando en la garantía de las mercancías

¹⁸³ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La Carta de Porte Aéreo Electrónica...”, op.cit., p.195 a 200.

¹⁸⁴ PETIT LAVALL, María Victoria, “El contrato de transporte aéreo de mercancías”, op. cit., p.5433 y 5434

¹⁸⁵ *Ídem* nº181

prendadas, facilitaría el transporte combinado aire-mar, atendido el carácter negociable del conocimiento de embarque, ya que cuanto más largo sea el viaje, mayores serán las ventajas que reportaría un documento negociable, entre otras.

Con todo, más significativos nos resultan los argumentos para negar a la carta de porte el carácter de título de crédito representativo de las mercaderías, puesto que en general, todos estos argumentos a favor de la negociabilidad del título son rebatibles. Por ejemplo, en el transporte aéreo la cantidad relativamente poco importante de mercancías remitidas junto con la rapidez del medio provoca que el título de transporte llegue al mismo tiempo que dichos efectos, por lo que en la práctica resulta innecesario y poco práctico la venta en tránsito y la constitución de garantías sobre la base de un título representativo de las mercancías. Así lo prueba desde luego, la escasa necesidad que de ello se ha sentido hasta la fecha. En cuanto al transporte combinado, así como podría ser una ventaja que la carta de porte aéreo tuviese carácter negociable cuando los medios utilizados fuesen aire-mar, lo contrario sucedería si se tratase de una combinación ferrocarril-aeronave, ya que la carta de porte ferroviaria sometida al Convenio de Berna (relativo al transporte de mercancías por ferrocarril)¹⁸⁶ no es en general negociable. Esta última situación, carece de aplicación práctica en Chile en que la mayoría del transporte combinado corresponde a la combinación aire-carretera, siendo la combinación ferrocarril-aeronave absolutamente residual, aunque si se utilizara ya hemos dicho que nuestro ordenamiento reconoce la negociabilidad de todos los instrumentos del transporte. Finalmente, para que el AWB pudiese funcionar como documento negociable, las mercancías deberían ser depositadas en los almacenes del aeropuerto de llegada en espera de que se presentara la persona legitimada conforme a dicho documento, y que hoy en día los aeropuertos no tienen a estos efectos suficientes espacios dedicados a almacenaje.

¹⁸⁶ El Derecho chileno carece de regulación específica sobre el transporte ferroviario, aplicándose por lo tanto el estatuto general del CCo, arts. 166 y sgts. relativo al transporte terrestre. En el Derecho uniforme el transporte ferroviario se aplica el Convenio CIM, firmado en Berna el 7 de febrero de 1970. incorporado a la legislación española tras su publicación en el BOE nº 187, de 6 de agosto de 1975. Asimismo, el sector ferroviario queda regulado por la Ley 39/2003 de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, y por el Real Decreto 2387/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario.

En nuestra opinión, la utilidad de atribuirle el carácter de negociable al AWB se puede llegar a presentar en algunos casos. Si la negociabilidad del documento operara, al llegar la mercadería a destino implicaría que el consignatario primitivo ya no tendrá que hacerse cargo, por ejemplo, de los trámites atinentes al retiro de aduana las mercancías. En cuanto a la posibilidad de almacenaje en los recintos aeroportuario, en la realidad económica chilena se ha constatado en los últimos años que la implementación de almacenes generales de depósito¹⁸⁷, ha ido generando un nuevo modelo de negocios relativo a las garantías mobiliarias que pudieran constituirse sobre las mercaderías transportadas¹⁸⁸.

No desconocemos la realidad imperante en el Derecho uniforme y la práctica aerocomercial, sólo resulta un cambio que *a priori* resulta difícil de asimilar

¹⁸⁷ Regulados en Chile por la Ley n° 18.690 de 02 de febrero de 1988. Al ejecutarse el depósito y celebrarse el contrato de almacenaje, el almacenista debe emitir un certificado de depósito que representa documentalmente el dominio de las mercaderías guardadas en el almacén, al cual se adjunta un vale de prenda, que también representa a dichas mercaderías, pero en función de constituir prenda sobre ellas (arts. 4° y 5° Ley n° 18.690). Así, pues, como el dominio de las mercaderías depositadas se puede transferir mediante el endoso del certificado de depósito, igualmente se puede constituir prenda sobre ella merced al endoso en garantía del vale prenda, que deberá anotarse en el registro del almacenista para que sea oponible a terceros.

Una primera especialidad de esta prenda deriva de que la cosa pignorada debe ser una mercancía o producto; otra, de que ésta no queda en el poder del pignoratario, como la prenda civil con desplazamiento, ni del pignorante, como en la prenda ordinaria sin desplazamiento, sino de un tercero calificado, el almacenista depositario. La tercera especialidad radica en que esta prenda se constituye en forma solemne, mediante el endoso del vale prenda, con el requisito adicional de que este endoso debe anotarse en el registro del almacenista para poder hacerlo valer frente a terceros. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *“Tratado de la prenda sin desplazamiento en el Derecho chileno”*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p.65

¹⁸⁸ En Chile, la industria de la prenda *warrants* ha crecido más de un 60% en los últimos tres años. Alza que se explica debido al ingreso de nuevos sectores como usuarios de este tipo de garantías, abriéndose a nuevos rubros, adicionales a la ya consolidada industria de los granos (maíz, trigo y avena), www.eleconomistaamerica.cl/empresas-eAm-chile/noticias/5728390/04/14/Warrants-Chile-crece-60-en-los-ultimos-tres-anos.html#Kku871F4MAQP9FIB. Como ventaja, permite al empresario obtener un acceso al crédito y de esta forma una liquidez inmediata por medio de la constitución de la prenda de las mercaderías existentes en su inventarios (stoks), pudiendo ser una alternativa muy interesante en aquellas empresas que se caracterizan por una marcada estacionalidad en la producción (sector agrícola y agro-industrial por ejemplo) y para las importadoras que almacenen sus stoks en zonas francas las que podrán acceder a capital para su trabajo mientras liberen e internen las mercancías según las necesidades de su negocio. Por medio del contrato de prenda *warrants* se puede garantizar cualquier clase de obligaciones sin tener que comprometer avales personales o el patrimonio de la empresa para conseguir financiamiento a un corto plazo.

atendida la tradicional forma en que el Ordenamiento chileno ha entendido esta función.

4.5.4.5.- La carta de porte aéreo como mecanismo para ejercer o bloquear el derecho de disposición del expedidor

Esta función de la carta de porte aéreo no se estudia tradicionalmente en el Derecho chileno, ni se encuentra consagrada en el CA. Resulta especialmente práctica en los supuestos en que el AWB o el recibo de carga se presenta en el seno de un crédito documentario¹⁸⁹, pues dado que en esos supuestos el beneficiario obtiene el cobro antes de que la mercancía llegue a su destino, el ordenante destinatario inicial de la mercancía estará preocupado porque no se produzca ninguna modificación de las instrucciones impartidas originalmente al porteador. Puesto que, según se deduce de los Convenios, la presentación del tercer ejemplar de la carta de porte aéreo es requisito imprescindible para poder ejercer el derecho de contraorden, desde el momento en que el banco exige la presentación de dicho documento y lo retiene, el ordenante tendrá la seguridad de que la posibilidad de ejercer tal derecho queda bloqueada para el beneficiario, reforzándose la posición del ordenante destinatario de la mercancía¹⁹⁰.

El derecho de disposición del expedidor (art.12.1 CV y CM), le permite a éste disponer de la carga retirándola del aeropuerto de salida o de destino, o

¹⁸⁹ El crédito documentario, variedad de los compromisos documentarios independientes, configura un instrumento de pago como una garantía autónoma de la obligación de pago que el comprador internacional tiene como consecuencia de la compraventa internacional que celebrará. Constituye un mecanismo ideado para asegurar el pago al comprador, pero por otro lado para controlar que el vendedor proporcione la documentación prevista relativa a la compraventa internacional. Básicamente es una forma de agregar obligados bancarios al pago pero condicionada a que sean presentados los documentos específicamente establecidos. RIVA, Jorge Luis, *El crédito documentario y la carta de crédito standby en UCP 600*, AbeledoPerrot, 2008, p.8.

¹⁹⁰ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "La Carta de Porte Aéreo Electrónica...", op. cit., p.194 y 195, quien agrada sobre el particular, que se puede predicar la utilidad del tercer ejemplar del AWB tanto para ejercer el derecho de contraorden como para bloquearlo, pues habrá ocasiones en que no interese que el expedidor mantenga esa capacidad de cambiar el destino inicial de la carga.. Sobre el uso de los documentos del transporte aéreo en el seno de un crédito documentario *vid.*, GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "Los Documentos de Transporte en las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios", *Cuadernos Mercantiles* n° 14, EDESA, Madrid, 200, p.154 a 160.

deteniéndola en el curso del viaje en caso de aterrizaje, o haciéndola entregar en el lugar de destino o en el curso del viaje a una persona distinta del destinatario originalmente designado, o pidiendo que sea devuelta al aeropuerto de partida¹⁹¹.

En virtud de esta función por lo tanto, la carta de porte aéreo se transforma en un título de legitimación, pues su posesión y presentación condiciona el derecho de disposición sobre la mercadería¹⁹².

De acuerdo con el art.12.1 del CM, el expedidor tiene derecho, a condición de cumplir con todas las obligaciones resultantes del contrato de transporte, a disponer de la carga retirándola del aeropuerto de salida o de destino, o deteniéndola en el curso del viaje en caso de aterrizaje, o haciéndola entregar en el lugar de destino o en el curso del viaje a una persona distinta del destinatario originalmente designado, o pidiendo que sea devuelta al aeropuerto de partida. Agrega la norma que el expedidor no ejercerá este derecho de disposición de forma que perjudique al transportista ni a otros expedidores y deberá reembolsar todos los gastos ocasionados por el ejercicio de este derecho.

El art 12.3 CM¹⁹³, demuestra que la carta de porte o el recibo que la sustituya, son documentos absolutamente necesarios para el ejercicio de este derecho y, en el caso del transportista, para quedar a salvo de la acción por daño que pudiera intentar en su contra el legitimado activo que se encuentra en posesión legal del documento.

¹⁹¹ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "La Carta de Porte Aéreo Electrónica...", op.cit., p.192.

¹⁹² PETIT LAVALL, María Victoria, "El contrato de transporte aéreo de mercancías", op. cit., p. 5434

¹⁹³ Art. 12.3 CM :*si el transportista cumple las instrucciones del expedidor respecto a la disposición de la carga sin exigir la presentación del ejemplar de la carta de porte aéreo o del recibo de carga entregado a este último(ello en virtud de la posibilidad que otorga el art 4.2 del CM) será responsable, sin perjuicio de su derecho a resarcirse del expedidor, del daño que se pudiera causar por este hecho a quien se encuentre legalmente en posesión de ese ejemplar de la carta de porte aéreo o del recibo de carga.*

El derecho del expedidor (su derecho de contraorden), cesa en el momento en que comienza el del destinatario conforme lo dispone el artículo 13 CM¹⁹⁴, sin embargo, si el destinatario rehúsa aceptar la carga o si no es hallado, el expedidor recobrará su derecho de disposición.

4.5.5.- Naturaleza jurídica de la carta de porte aéreo

La carta de porte aéreo es un documento privado que hace fe de la existencia y contenido del contrato de transporte aéreo de mercancías determinando, su régimen legal aplicable (art. 139 CA, 11.1 CV modificado por PH, art. 11.1 y 11.2 CM).

Al igual que ocurría con el billete de pasaje y el talón de equipaje, no existe una norma que le otorgue al acto de su emisión y a su contenido el rango de formalidad *ad solemnitatem*, de hecho, el art. 139 del CA admite prueba en contrario a lo señalado en la carta de porte aéreo a pesar de que ésta haga fe del contrato, luego, el documento no es solemnidad ya que el acto solemne se prueba por sí solo. Tampoco constituye formalidad por vía de prueba ya que se permite acreditar la existencia o contenidos del contrato por otro medio probatorio (arts. 5.1 CV y 4.2 de la CM)¹⁹⁵,

¹⁹⁴ Artículo 13 CM: 1. *Salvo cuando el expedidor haya ejercido su derecho en virtud del artículo 12, el destinatario tendrá derecho, desde la llegada de la carga al lugar de destino, a pedir al transportista que le entregue la carga a cambio del pago del importe que corresponda y del cumplimiento de las condiciones de transporte.*

2. *Salvo estipulación en contrario, el transportista debe avisar al destinatario de la llegada de la carga, tan pronto como ésta llegue.*

3. *Si el transportista admite la pérdida de la carga, o si la carga no ha llegado a la expiración de los siete días siguientes a la fecha en que debería haber llegado, el destinatario podrá hacer valer contra el transportista los derechos que surgen del contrato de transporte.*

¹⁹⁵ Art. 5° párrafo 1° CV “la ausencia, irregularidad o la pérdida de la carta de porte aéreo no afectará la existencia ni la validez del contrato de transporte que seguirá sometido a los preceptos de la presente convención”; Art. 4° párrafo 2° CM: “Cualquier otro medio en que quede constancia del transporte que deba efectuarse podrá sustituir a la expedición de la carta de porte aéreo. Si se utilizasen otros medios, el transportista entregará al expedidor, si así lo solicitara este último, un recibo de carga que permita la identificación del envío y el acceso a la información de la que quedó constancia conservada por esos medios”.

De tal manera que al ser el contrato consensual, y la carta de porte aérea sólo un importante medio de prueba para acreditar la celebración y las condiciones del contrato convenido, no es en caso alguno la única forma de probarlo sin perjuicio de lo cual, y aunque pueda concluirse que es posible el contrato de transporte aéreo de mercancías sin expedición de carta de porte aéreo y sin recibo de carga, porque no lo solicite el expedidor, difícilmente podrá evitarse la emisión de los otros documentos que necesariamente deben acompañar a las mercaderías, como por ejemplo las facturas o los certificados exigidos por la autoridades aduaneras¹⁹⁶.

A la misma conclusión arribamos en el Derecho Chileno, si recurrimos a las reglas generales del transporte del CCo, que establece en su art. 174¹⁹⁷ que convenidos los contratantes en el otorgamiento de la carta de porte deberán extenderla y firmarla por duplicado. Si las partes han “convenido”, significa que el contrato se reputa perfecto porque consintieron en sus elementos esenciales.

¹⁹⁶ PETIT LAVALL, María Victoria, *“El contrato de transporte aéreo de mercancías”*, op. cit., p. 5435.

¹⁹⁷ Art. 174 CCo.- *“Convenidos los contratantes en el otorgamiento de la carta de porte, deberán extenderla y firmarla por duplicado”*.

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

5.- CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COMERCIO ELECTRÓNICO

5.1.- Cuestiones generales

Pocas manifestaciones del poder de la creatividad humana han transformado a la sociedad de un modo tan intenso y vertiginoso como lo han hecho internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la última década. El comercio y los negocios electrónicos están entre sus más promisorias aplicaciones puesto que han sido capaces de ofrecer nuevos caminos de participación en el mercado global, nuevas posibilidades para la diversificación de las economías sociales y nuevos y mejores trabajos para los jóvenes, buscando

los mecanismos necesarios para otorgar mayor certeza, rapidez y seguridad a la circulación de personas, bienes y derechos.

El medio económico de difusión utilizado que se ha masificado desde un tiempo a esta parte, es el comercio electrónico. Es en este espacio dentro del cual se transan bienes y servicios entre personas distantes, vía sistemas y redes informáticas.

Como ya lo hemos indicado¹⁹⁸ desde los inicios del empleo con fines comerciales de la tecnología EDI a principios de los 70, la actividad del transporte aéreo ha quedado situada entre las que naturalmente se espera estén destinadas a incorporar el uso de las nuevas tecnologías y, en concreto, de la contratación y del comercio electrónicos casi como si tal paso se entendiese parte de su normal y esperada evolución¹⁹⁹, en efecto, esta es una de las industrias en las que el empleo de medios y documentos en forma electrónica ha sido desde el principio deseado y promovido.

Por su carácter global, el comercio electrónico repercute necesariamente en el transporte aéreo de personas y de mercaderías, produciendo cambios en la gestión competitiva de las empresas porteadoras, de las empresas intermediarias, y desde luego, para el vínculo contractual, ya que el uso de la telemática afectará necesariamente a la documentación empleada en el contrato de transporte.

Muchos son los autores que han tratado de conceptualizar lo que es el comercio electrónico. En la doctrina chilena, para Raúl Jijena se trata de: *“un conjunto de actividades con finalidad mercantil que se realizan mediante sistemas y redes computacionales, sin que exista contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda”*²⁰⁰. A juicio del autor, específicamente se trata de un intercambio telemático de información entre empresas o entre

¹⁹⁸ Vid. *Supra* apartado introductorio de este trabajo

¹⁹⁹ ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, GARCÍA MANDALONIZ, Marta, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa, “Electronificación de Instrumentos de Transporte Aéreo de Mercancías: El Proyecto E-Freight”, en *Derecho de los Negocios*, n°184, Madrid, 2006.

²⁰⁰ JIJENA LEIVA, Renato, “Comercio Exterior Electrónico”, en sitio web de Vía Jurídica, publicado en internet <http://www.areajuridica.cl>, visita del 10 de febrero de 2014.

empresas y consumidores que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega de bienes intangibles, o en un pedido electrónico de bienes tangibles²⁰¹. Ricardo Sandoval López²⁰², en un sentido restringido, entiende que el comercio electrónico “*se circunscribe solamente a los actos, contratos u operaciones comerciales realizadas por medios electrónicos, incluyéndose también negociaciones previas a la celebración de dichos actos, contratos u operaciones y las actividades posteriores relacionadas con los mismos, tales como las transferencias y los pagos electrónicos*”. Otros autores, como Raúl Lafuente, sintetizan la noción de comercio electrónico como, “*la aplicación de las redes de telecomunicaciones a la actividad comercial tradicional de bienes y servicios*”²⁰³.

Las características distintivas de este tipo de comercio, guardan relación con el hecho de que no hay una presencia física de los contratantes, que se utilizan redes abiertas de transmisión de datos, que existe una falta de inmediatez de las transacciones que en él se realizan y que carece de territorialidad.

En el Comercio Electrónico participan empresas, consumidores e inclusive la Administración Pública. Pueden distinguirse entonces tres tipos básicos de Comercio Electrónico²⁰⁴: entre empresas o *business to business* (B2B); entre empresa y consumidor o *business to consumers* (B2C) y; entre empresas y administración o *business to administrations* (B2A).

²⁰¹ En armonía con tal sentido, Rodríguez, afirma que el comercio electrónico comprende no solo las ventas o adquisiciones que el empresario y el usuario realizarán a través de una red de comunicaciones, como internet, sino que abarca todas las etapas del negocio empresarial, siempre que estas se realicen a través de la Red. Así, se puede incluir, entre otras, las siguientes actividades: la apertura de una empresa o establecimiento virtual; la oferta de productos o servicios, la publicidad de productos y servicios dentro de la Red; el intercambio de la información entre el vendedor y el posible cliente; los mensajes de datos transmitidos; los pagos *on line* o por medios electrónicos; la distribución y entrega de los productos y servicios adquiridos por los consumidores, y; los servicios pre y postventa.

RODRIGUEZ, Gladys; “Riesgos del Consumidor Electrónico en las Prácticas Publicitarias”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N° 37, Barranquilla, 2012, p. 257.

²⁰² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo; *Derecho del comercio electrónico, análisis de la ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma*, 1ª Ed, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003., p. 22

²⁰³ LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl; *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 33.

²⁰⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo.; *Derecho del comercio electrónico...*, op. cit, p. 20

5.2.- Evolución e importancia del comercio electrónico

Como punto de partida se podría destacar una idea que trasciende el desarrollo del comercio, cual es, el esfuerzo del hombre por facilitar la contratación y en definitiva las transacciones entre las partes.

En un inicio la actividad mercantil se limitaba al simple trueque de bienes, más tarde, con la aparición de la moneda como medida común de valores surgen los primeros contratos que tienen por objeto el cambio de bienes o de prestaciones de servicios, contra el pago de un determinado precio, pasando entonces a la etapa del reinado de la moneda que, sin duda facilitaba las transacciones, pues ahora se les asignaba un valor a los productos en referencia a la moneda. Lo anterior igualmente implicaba un grandísimo costo pues éstas eran acuñadas en metales preciosos, lo que dio lugar a que surgieran, casi de forma natural, los billetes impresos en papel.

En la medida que se incrementó la complejidad de los intercambios, surgieron nuevas formas jurídicas de realizarlos, como la creación de los títulos valores en los que se representa la riqueza y se transfiere gracias al traspaso de estos instrumentos, dotados de las características de libertad, autonomía, rigurosidad formal y abstracción, sin que ello implicase el abandono de las estructuras contractuales o relaciones fundamentales que les daban origen.

La creación de los títulos valores, constituyó un aporte original del Derecho mercantil al mundo jurídico y la entrega de un instrumento eficaz para la circulación de la riqueza con la velocidad, seguridad y certeza que se requería, frente al aumento considerable del volumen de los intercambios. Incluso se llegó a pensar que aquellos que daban derecho a reclamar una suma de dinero sustituirían al uso de éste en las relaciones económicas y mercantiles²⁰⁵.

²⁰⁵ SANDOVAL López, Ricardo; *Derecho del comercio electrónico...*, op. cit., pp. 11 y sgts. Para este autor ni siquiera la aparición de las tarjetas de crédito comerciales y bancarias tampoco ha

El comercio electrónico surge a partir del empleo de la tecnología EDI, tanto para las comunicaciones como para la realización de negocios, actos y contratos, originando un cambio en la vida diaria, y desde luego, en el régimen jurídico, produciendo un cambio según algunos²⁰⁶ de similar importancia al que se produjo con la sustitución de la tabla o tablilla de piedra o de barro por el papiro y la del pergamino por el papel.

Con todo, creemos resulta importante destacar que la idea que subyace al comercio electrónico, ya se practicaba hace siglos atrás. Basta constatar la realidad de los Estados Unidos, el país más avanzado en comercio virtual y desde luego en comercio electrónico, para encontrar una gran y antigua cultura de venta a distancia, esto es, un contrato celebrado por las partes personalmente, pero sin que estén presentes físicamente en el mismo momento y lugar²⁰⁷.

En cuanto a la importancia del comercio electrónico, podemos señalar que, a pesar de lo que se pueda creer, no nace con la vocación de sustituir al comercio tradicional, sino más bien de complementarlo²⁰⁸, siendo un hecho indubitado a este momento, que el comercio electrónico en sentido genérico es una cuestión del todo extendida y presente en nuestra sociedad²⁰⁹.

llegado a desplazar totalmente el uso del dinero coexistiendo con los títulos valores y las tarjetas de crédito.

²⁰⁶ ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica*, 2ª Edición, Thompson Reuters, p. 34

²⁰⁷ Así tenemos que, en 1744 se registra el primer negocio formal de ventas por correo, 100 años más tarde en 1848 un empresario de herramientas para la construcción (Hammacher), publica el primer catálogo de productos para ventas por correo. Ya entre los años 1872 y 1893 nacen los que serían los catálogos más famosos del mundo: Montgomery Ward y Sears (empresa que sería por mucho tiempo el ícono de las ventas por catálogos). De ahí en más, fue el avance de la tecnología la cual a un ritmo vertiginoso terminó por darle la fisonomía que hoy vemos al comercio en línea, en donde basta sentarnos frente a un computador conectado a la Web, para abrirnos paso en un mundo virtual que nos ofrece un impresionante catastro de productos y servicios, posibles de adquirir a solo un click de dificultad. En <http://www.ahi.cl/blog/el-comercio-electronico-en-chile/>, visita del 07 de julio de 2014

²⁰⁸ TAMAYO, Braulio; *Nuevos campos para la innovación: Internet y el comercio electrónico de bienes y servicios*, 1999, disponible en <http://www.cibereconomia.freesevers.com/internet/tamayo/>; además, CARRASCO BLANC, Humberto Rolando; *Contratación electrónica y contratos informáticos*, Santiago, Editorial La Ley, 2000, p. 175.

²⁰⁹ Basta mirar cifras estadísticas para tomar conciencia al respecto, y es que según estudios publicados por IAB Chile (*Interactive Advertising Bureau*) en el año 2011 las compras por medios electrónicos totalizaron US\$ 1.489 millones, creciendo 30,5% respecto de 2010, y el 2012 la misma

A diferencia de lo que ocurría hace 25 años atrás, cuando el reinaba el escepticismo y surgían opiniones acerca de las consecuencias que tendría este complemento del comercio tradicional, sin más antecedentes que las experiencias tomadas de EE.UU, el comercio electrónico es una realidad y una forma de alternativa al comercio tradicional que se encuentra presente y expandida en el mundo de tal manera, que se ha incorporado en nuestro diario vivir, muchas veces, sin darnos cuenta del grado de penetración. Al día de hoy, y principalmente gracias al desarrollo de la banca virtual y los medios de pago electrónicos, se puede contratar a distancia una serie de productos o servicios relacionados a los negocios, la entretención o el ocio, adquirir pasajes de avión, bus o tren, hacer reservas hoteleras, etc., todas actividades que forman parte del comercio electrónico y que implican un uso cada vez mayor de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICS), lo cual genera una nueva actividad económica caracterizada fundamentalmente por la globalización de los mercados y por una economía “en línea”, es decir, el desarrollo económico generado justamente por el comercio electrónico, considerado para estos efectos como la aplicación de las redes de telecomunicaciones a la actividad comercial tradicional de bienes y servicios.

Sin duda alguna, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación otorga inmensos beneficios tanto a las empresas como a los consumidores, pero también resulta evidente que plantea ciertos problemas que es necesario corregir, por ejemplo, respecto del consumidor, tenemos que para el correcto desarrollo de la sociedad de la información resulta imprescindible que éste participe en su gestación y desarrollo de un modo activo. Igualmente, para conseguir la confianza de los consumidores, será requisito indispensable que las normas aplicables a las transacciones electrónicas, otorguen un nivel de

fuerza prevé un aumento en un 18% de las ventas *online* respecto del 2011 ascendiendo a US\$ 1.700 millones (<http://www.iab.cl>, consulta del 31 de marzo de 2013). A este momento, Chile es el líder de la región en cuanto a comercio en internet, según lo indica el último Informe de la Sociedad de la Información (ISI), con una compra per cápita que llega a los US\$181 anuales. Además, según estimaciones de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), el ritmo de crecimiento del comercio electrónico en Chile está en torno al 30%. En <http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/04/11-5239-9-el-comercio-electronico-crece-30-al-ano-en-chile.shtm>.

protección al menos equivalente al que se viene aplicando en las transacciones comerciales tradicionales.

Ahora bien, ¿de qué forma este explosivo avance de la contratación electrónica se incorpora a los distintos sectores productivos afectando al régimen jurídico que los regula? Esta es una interrogante que se tratará de responder a propósito de la utilización de las nuevas tecnologías en el transporte aéreo de personas y mercaderías.

5.3.- Los principios del comercio electrónico²¹⁰

5.3.1.- Enunciación de los principios del comercio electrónico

Sin perjuicio del reconocimiento expreso de esta disciplina jurídica en distintos textos de Derecho positivo, como la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL (LMUCE)²¹¹, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (CNUUCECI)²¹² o la Ley 19.799, Ley sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma (LFE)²¹³ en el caso del Ordenamiento chileno, tradicionalmente la disciplina del Derecho del comercio

²¹⁰ Principios enunciados por Rafael Illescas Ortiz en su trabajo *“Los principios de la contratación electrónica, revisitados”*, en Derecho Patrimonial y Tecnología, AAVV (MADRID PARRA, Agustín, dir.), Marcial Pons, Madrid, 2007 y en su obra ya citada: *Derecho de la Contratación Electrónica*, 2ª Edición, Thompson Reuters, p. 33 a 62.

²¹¹ Aprobada por resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996

²¹² Aprobada por resolución 60/21 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 23 de noviembre de 2005

²¹³ Diario oficial de 12 de abril de 2002. En España, se encuentran reconocidos en la Ley 34/2004 de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)

electrónico se ha ido desarrollando en torno a grandes principios jurídicos que lo rigen.

En efecto, los rasgos definitorios y propios del comercio electrónico, dan la pauta para admitir que el derecho que lo regule ha de estar sustentado en principios orientadores que recojan su especialidad, sin perjuicio de que al tratarse ni más ni menos que de una especie particular de comercio, haga suyos también los principios que sirven de sustento al Derecho mercantil en general²¹⁴.

Estas directrices, que nacieron desde una perspectiva eminentemente teórica, fruto de la disponibilidad del acceso a internet y de los pocos textos jurídicos que aludían al tema del comercio electrónico, no son objeto de consagración legislativa expresa, ya que como buenos principios que son, los mismos formalmente no son objeto de consagración legislativa ni aparecen mencionados en ninguna parte²¹⁵, no obstante que ello no significa que los legisladores no se hayan dejado influenciar por tales principios al momento de legislar, al contrario.

Los principios universales en que debiera inspirarse el derecho del comercio electrónico son²¹⁶: la equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los manuales o autógrafos, la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico, la inalteración del derecho pre-existente de obligaciones y contratos, la exigencia de muy buena fe y finalmente, la reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto del comercio electrónico

Sin perjuicio de que esta investigación no tiene por objeto central el análisis del régimen jurídico del comercio electrónico, no podemos soslayar la importancia que para el reconocimiento, interpretación y aplicación de esta disciplina representan estos principios.

²¹⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo; *Derecho del comercio electrónico...*, op. cit., p. 42.

²¹⁵ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “*Los principios...*” op. cit. p. 25

²¹⁶ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “*Derecho de la Contratación Electrónica*”, op.cit., p. 37

Para este efecto, proponemos la enunciación y explicación de cuatro de estos principios, que a nuestro juicio tienen especial importancia en el estudio que nos proponemos realizar en el presente trabajo. No desconocemos el hecho de que pudieran existir otras directrices orientadoras de la contratación electrónica por lo que la enumeración que presentamos no es en ningún caso taxativa.

Nos referiremos los principios de: equivalencia funcional; inalteración del derecho preexistente; neutralidad tecnológica; y buena fe.

5.3.2. Principio de equivalencia funcional

En el seno de la UNCITRAL, al elaborar la LMUCE, se tuvo en cuenta el principio de la equivalencia funcional como principio básico del Derecho de la contratación electrónica²¹⁷. La idea sobre la subyace el postulado se construye a partir de una premisa, cual es que los elementos estructurales de todo documento escrito son, de un lado, su información o contenido literal y de otro, el soporte idóneo donde tal información se plasma, registra o incorpora. Con la vinculación de ambos elementos, el documento escrito se encuentra capacitado para cumplir con sus funciones correspondientes.

El elemento de información o contenido original es el que permite determinar la clase o naturaleza propia de un documento y diferenciarlo, formal o externamente, de otros documentos de distinta clase o naturaleza, e información o contenido literal específico, o de uno o más documentos de una misma clase o naturaleza.

²¹⁷Sin perjuicio de ello, MADRID PARRA aporta que en el 25° período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de datos de UNCITRAL, que tuvo lugar entre el 4 al 15 de enero de 1999, en el que se examinaron las distintas materias que podrían ser objeto de futuras reglas uniformes relativas al EDI, el grupo de trabajo ya trabajaba la idea de un *equivalente funcional de escrito* como requisito de forma al tratamiento uniforme de EDI (MADRID PARRA, Agustín; “EDI (Electronic Data Interchange)...”, op. cit. p. 131.

La información o contenido literal (tanto general, como específico) del documento escrito se incorpora en el elemento estructural del soporte, luego, las funciones con las cuales debe cumplir un determinado documento se desprenden de su respectiva información general que permite determinar su clase o naturaleza, de tal forma que cualquier documento deberá cumplir con la mismas funciones cualquiera que sea su soporte, operando de tal modo el principio de equivalencia funcional, y cuyo significado puede formularse de la manera que ya hemos expresado: la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa (o eventualmente su expresión oral), respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión alcance y finalidad del acto instrumentado de esta forma.

En virtud de este principio, los documentos electrónicos cumplen las mismas funciones que los documentos con soporte material de papel, y la firma electrónica²¹⁸, produce los mismos efectos que la firma manuscrita o autógrafa, por lo que, en aplicación de este principio, no se puede negar efecto jurídico, validez ni obligatoriedad a los documentos, a las firmas, ni a los actos y contratos electrónicos en general, por el solo hecho de que se encuentren en formato electrónico²¹⁹.

²¹⁸ La Ley chilena sobre firma electrónica (ley 19.799) señala lo que entiende por firma electrónica, y hace la distinción entre dos tipos, una simple y una avanzada. La simple, se trata de cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor; en tanto que la avanzada es aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría. Art. 2° letra f) y g) ,ley 19.799.

Es necesario destacar el hecho que la firma simple sólo asegura la autenticación, en tanto que la avanzada asegura la autenticación, integridad, confidencialidad y no repudio, siendo entonces más segura. Sobre la eficacia de la firma electrónica, *vid.*, CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Marcial Pons, 2006

²¹⁹ Sandoval además indica que la equivalencia funcional significa que se confiere eficacia jurídica a todo acto o contrato, transacción u operación, sea que se haya convenido entre particulares o en el ámbito del sector público, celebrado por medios electrónicos, esté o no certificada y en el caso de estarlo, que el prestador de servicios de certificación esté o no acreditado, salvo los casos que expresamente se han exceptuado. Lo que importa entonces, reconocer que la función jurídica que cumple el documento escrito en papel y con firma manuscrita, en relación con todo acto o contrato,

La equivalencia funcional por lo tanto, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia, verbal o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto y con los mismos fines²²⁰.

De lo anterior podemos colegir, primero, que el principio de la equivalencia funcional se entrelaza o relaciona de manera muy cercana con otro principio llamado de la no discriminación²²¹, y segundo, relativo al fin de este principio, que consiste en atribuirle valor a las declaraciones hechas por medios electrónicos sin que por ello se les deba discriminar frente a declaraciones hechas por otros medios como el oral o el escrito.

Se ha definido a la equivalencia funcional como el principio básico de todo el sistema de reglas, legales y contractuales, que permiten que el comercio electrónico en particular y la contratación electrónica en general produzcan en derecho los efectos apetecidos por quienes participan en él a través de las diversas caracterizaciones que el intercambio de bienes y servicios permite y requiere²²², y de su aplicación se desprende el éxito o fracaso de las nuevas formas de contratación telemáticas, por cuanto, atribuye a los datos informáticos,

la satisface igualmente el documento electrónico, con independencia del contenido y de la finalidad perseguida por el acto documentado. Por lo que, los documentos electrónicos no son discriminados frente a los instrumentos escritos en papel o a las declaraciones de voluntad hechas en forma oral o consensuales. SANDOVAL, R.; *Derecho del comercio electrónico...*, op.cit. p. 128.

²²⁰ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. "La Equivalencia Funcional Como Principio Básico Del Derecho de la Contratación Electrónica", en *"Revista Aranzadi de Derecho Y Nuevas Tecnologías"*, n° 1, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, p.21. Comparte esta misma idea Ricardo Sandoval señalando que *"no puede haber discriminación respecto a las declaraciones efectuadas en un medio electrónico, toda vez que el soporte que contiene la declaración de voluntad puede ser escrito o electrónico"*. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, "Principios que informan al derecho del comercio electrónico", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. N° 210, LXIX. Julio – Diciembre, Concepción, 2001. p. 171

²²¹ Esto nos queda muy claro al estudiar lo que dicen los autores entorno a ambos principios. Sandoval e Illescas recurren a la idea de la no discriminación para poder explicar el principio de la equivalencia funcional.

²²² ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica", en *Revista Aranzadi de Derecho Y Nuevas Tecnologías*, n°1, Thompson Aranzadi. Navarra, 2003,p.19. Este autor afirma que en el caso del ordenamiento español la primera consagración positiva de este principio se encuentra en el art 3.1 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre de 1999, (RCL1999, 2379), sobre firma electrónica (BOE n° 224 de 18 de septiembre de 1999). En el caso chileno esto también ocurrió en la llamada ley de firma electrónica, ley 19799, que en su art. 1° inciso 2° habla directamente del *principio de equivalencia* del soporte electrónico al soporte papel.

independientemente de que se envíen como mensajes de datos o que se almacenen, el mismo valor jurídico que el de los datos estampados en un documento con soporte material de papel²²³.

Como ya adelantamos, se le ha estimado como un principio de mayor avance, debido a que supone un paso más concreto respecto del principio de no discriminación²²⁴.

Reconocido es el hecho de que se ha discutido desde una perspectiva exclusivamente dogmática, si estos dos principios en realidad son diferentes o se trata de manifestaciones de uno solo. Queda planteada la duda, pero lo que no se puede soslayar es el hecho de que sólo existe una regla general de equivalencia con dos dimensiones: una positiva, la propia equivalencia funcional, y otra negativa, la no discriminación²²⁵. Muy ligado a lo anterior, se ha indicado que la equivalencia funcional es un paso más adelante en relación con el principio de la no discriminación, ya que contiene una manifestación afirmativa de la producción efectiva de determinados efectos jurídicos de una información que consta en soporte electrónico²²⁶.

Como observamos, de ambos planteamientos, podemos colegir que se trata de dos aspectos distintos: uno positivo, la equivalencia tecnológica; y otro negativo, la no discriminación, lo que debe ser entendido con ciertos matices, ya que no se estaría hablando de una dimensión distinta de la equivalencia, sino más bien de un peldaño más arriba en lo relativo al reconocimiento de la validez de los títulos electrónicos.

Para que el *principio de equivalencia funcional* produzca todos sus efectos se requiere: la existencia de dos o más documentos de igual clase o naturaleza; la

²²³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *"Derecho Comercial. Teoría general ... op.cit., p. 91*

²²⁴ MADRID PARRA, Agustín. "El convenio naciones unidas...", op. cit. p. 66

²²⁵ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica", op. cit. p. 19

²²⁶ MADRID PARRA, Agustín. "El convenio de naciones unidas ... op. cit. pág. 66

existencia de dos o más documentos que posean la misma información general básica y que estén destinados a cumplir las mismas funciones básicas; y, que concurra la circunstancia de que, al menos uno de estos documentos, utilice como elemento estructural un soporte de carácter electrónico. La Ley 19.799 o ley de firma electrónica chilena, agrega como requisito extra que el documento que utilice como elemento estructural un soporte de carácter electrónico debe estar suscrito por medio de una firma electrónica.

Cumplidos estos requisitos bajo el imperio de la ley, tendrá lugar la equivalencia funcional, en cuya virtud no se podrá discriminar o negar efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria al contenido literal plasmado en un documento que utilice como elemento estructural un soporte electrónico.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha establecido como presupuestos que deben concurrir para que se constituya este principio de la equivalencia funcional²²⁷: existencia de acuerdo convencional que otorgue validez al documento electrónico negociable; existencia de un sistema de información seguro por parte del iniciador del mensaje y de sus sucesivos tenedores que tenga como finalidad garantizar la seguridad en la emisión, conservación y transferencia del archivo, identidad de la persona que posee el control del mensaje y la emisión de un ejemplar único, identificable e inalterable.

En la doctrina nacional chilena²²⁸ también se han señalado requisitos para que este principio sea aplicable: que existan dos o más documentos que se pretendan equivalentes; que se trate de documentos que posean la misma información general básica; que se trate de documentos de igual clase o naturaleza; que los documentos estén destinados a cumplir con las mismas funciones básicas que les

²²⁷ RICO CARRILLO, Mariliana. "El tratamiento electrónico de los títulos valores", RCE n°24, Ediciones Edicip, Cádiz, 2002, p.32

²²⁸ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, BASSO CERDA, Osvaldo, Conocimiento de Embarque Electrónico. Librotecna, Santiago, 2005. p. 135.

sean propias; que al menos uno de ellos utilice como elemento estructural un soporte de carácter electrónico.

Podemos observar ciertas diferencias en los requisitos exigidos por una y otra doctrina, sin embargo, debemos considerar que el principio de la equivalencia funcional se encuentra tratado en trabajos realizados con diversos enfoques. El primero, relativo a los principios de la contratación electrónica en general, mientras que el segundo, ya en el estudio específico de la equivalencia funcional en el conocimiento de embarque. En lo que ambas concuerdan, y a lo cual también adherimos, es en lo relativo a la seguridad.

La primera de las doctrinas enfatiza en este aspecto que todo lo relativo al documento electrónico, y no sólo en lo relativo a la firma, deben observarse medidas de seguridad que permitan mantener la integridad del documento, mientras que para la doctrina chilena, el énfasis debe estar puesto en la firma, que además es un requisito legal, ya que sólo bastaría ese aspecto en lo relativo a la seguridad para que el documento cumpla con el principio de la equivalencia funcional.

En lo que concierne a los demás requisitos enunciados podemos mencionar que existe un punto de encuentro, por cuanto los coligen de la estructura del documento electrónico. Para tal efecto se subdivide el elemento información o contenido literal en: información o contenido literal general por una parte, y por la otra, información o contenido literal específico. El primero permite diferenciar uno determinado tipo o clase de documento, de otras clases de documentos; mientras que el segundo permite diferenciar a dos documentos pertenecientes a una misma clase o naturaleza, citando como ejemplo la diferencia entre dos o más conocimientos de embarque embarcados emitidos en virtud de diferentes relaciones contractuales concretas

En cuanto las funciones de este principio, y analizado a propósito de la LMUCE, se destaca el hecho de que en esta ley no entró a regular los efectos jurídicos sustantivos de los mensajes de datos en cada uno de los casos concretos en los cuales fueran utilizados, sino que la opción fue la de identificar algunos elementos especialmente relevantes en el tráfico mercantil (cuyo soporte solía ser el papel), y analizar las funciones que cumplen y determinar qué requisitos ha de reunir la misma información constando en un soporte electrónico para que las funciones desarrolladas sean las mismas y, en consecuencia, también los efectos jurídicos²²⁹.

De acuerdo a ello, los tres elementos de especial relevancia a los cuales debemos referirnos son: el escrito; la firma; y, el original.

El primer requisito de la equivalencia funcional, el escrito se encuentra consagrada en la CNUUCECI, específicamente en su art. 9.2 que prescribe: *“Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”*. Se destaca que esta idea recoge lo prescrito por la LMUCE en su art. 6, según lo desarrollaremos, siendo lo pretendido por ambas disposiciones que la información sea accesible para su ulterior consulta, conocimiento y constatación posterior²³⁰. Entendemos que este requisito del “escrito” estará cumplido cuando la información quede disponible para su posterior consulta²³¹.

²²⁹ MADRID PARRA, Agustín. “El convenio de naciones unidas ... ob. cit. pág. 66

²³⁰ MADRID PARRA, Agustín. “El convenio de naciones unidas ... ob. cit. pág. 67

²³¹ La legislación chilena recoge de forma casi idéntica este principio de la equivalencia funcional en cuanto al escrito en el art. 2, letra d) de la ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, que a la letra prescribe *“Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: ... Documento electrónico: toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior...”*. Como nos podemos dar cuenta, la disposición antes citada también hace hincapié en el aspecto del uso posterior.

La firma electrónica, en cuanto requisito de la equivalencia funcional, sin lugar a dudas sería capaz de abarcar un acápite propio en torno a su desarrollo y posterior utilización. Nosotros no nos abocaremos a un estudio detallado, sino sólo a indicar que su incorporación forma parte integrante del principio de la equivalencia funcional. Este aspecto de la equivalencia funcional se encuentra consagrado en la CNUUCECI, texto que recoge lo establecido en el art. 7 de la LMUCE²³², así como lo señalado en el art. 6° de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre firma electrónica (LMUFE)²³³. Actualmente se estima que uno de los mejores mecanismos para idear firmas seguras es el de las firmas digitales, a través de la criptografía asimétrica y el P.K.I (*Public Key Infrastructure*)²³⁴.

²³² “Artículo 7. — Firma

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente...”

²³³ “Artículo 6. Cumplimiento del requisito de firma

1. Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

2. El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito a que se refiere está expresado en forma de una obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el caso de que no haya firma.

3. La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1 si:

a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y

d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma...”

En completa armonía con lo preceptuado el artículo 3° de la ley 19.799, prescribe “Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”. Después de leer el tenor literal de esta disposición queda en evidencia la influencia del principio de la equivalencia funcional en su redacción, y también la importancia del elemento “firma” en el cumplimiento de las funciones de cualquier documento electrónico

²³⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. “Principios ...” ob. cit. pág. 176

El original, en cuanto segundo requisito del principio de equivalencia funcional, ha generado grandes suspicacias, ya que, a diferencia del soporte material de papel, en un entorno electrónico se hace más difícil distinguir entre un documento original y una copia. Recordemos que en materia de títulos valores rige la máxima de “un derecho, un documento”, siendo éste uno de los principales motivos que han producido dudas en los autores.

La doctrina²³⁵ se ha referido a este tema como la singularidad o “*uniqueness*” señalando que la disposición sobre un derecho (de crédito) con ánimo traslativo a través de la disposición sobre el papel que lo incorpora, presupone la singularidad de este último pues sólo así queda garantizado el efecto extintivo que para el transmitente tiene la disposición realizada.

La respuesta a este problema sería el sistema de asignación de titularidades, destacando como uno de estos mecanismos el basado en la posesión, aunque se previene que este sistema probablemente no es el más idóneo para un entorno electrónico, si lo ponemos frente a otro como por ejemplo el de la creación de registros²³⁶.

Se ha indicado sobre este punto que lo importante no es el soporte, sino la información, ya que cuando se requiere un ‘original’ por lo general no se pretende tanto disponer de un concreto papel, sino de aquel documento que con mayor

²³⁵ ALBA FERNÁNDEZ, MANUEL. “Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico. Primera Parte”; en *Revista de Derecho Mercantil* Nº263, 2007, Madrid, 2007, p.20

²³⁶ Que es uno de los sistemas más utilizados, por ejemplo en el Proyecto BOLERO (*Bill of Lading Europe*). Proyecto desarrollado a mediados de la década de los noventa (se hicieron algunas pruebas en el año 1996, pero su crecimiento significativo tuvo lugar en el año 1999). Es fruto del esfuerzo de un conjunto de entidades participantes en el comercio marítimo, a iniciativa de la Unión Europea, entre ellas los bancos, las compañías navieras, empresarios y compañías de telecomunicaciones en orden a lograr dar fisonomía a un conocimiento de embarque electrónico. Funciona sobre la base de mensajes de datos, sin tener como destinatario al porteador, sino que a un sistema de registro central independiente de las partes que intervienen en el contrato de transporte. Este sistema de registro es conjuntamente ofrecido y operado por dos entidades: Bolero Association (BAL) y Bolero International (BINT). BAL es la entidad que mantiene el registro y actúa como registradora. Las comunicaciones entre los usuarios del sistema y entre éstos y el registro tienen lugar a través de un sistema centralizado de comunicaciones bilaterales llamado ‘BOLERO System’, que es puesto a disposición de los usuarios por BINT.

fiabilidad puede ofrecer la información íntegra tal cual se generó. La norma que recoge el principio de equivalencia funcional de un original concentra su núcleo esencial en el requisito de la integridad de la información tal cual se generó²³⁷.

Podemos colegir de lo expuesto, que la función del principio de la equivalencia funcional es permitir a un documento cumplir con los cometidos tradicionales de otro independientemente de cual sea su soporte. Mientras que su finalidad es equiparar definitivamente el valor jurídico de ambos soportes, tanto el material como el electrónico.

5.3.2.1- La equivalencia funcional en la LMUCE

Sin perjuicio de lo indicado al enunciar el principio, la LMUCE junto con consagrar este principio, formula ciertos conceptos fundamentales que sirven para comprender cabalmente su exacto sentido y alcance. De esta forma, en el art 2° de la LMUCE encontramos las siguientes definiciones: a) por “mensaje de datos”, se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; b) por “intercambio electrónico de datos (EDI)”, se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;

²³⁷ MADRID PARRA, AGUSTÍN. “El convenio de Naciones Unidas”, op. cit. p. 69. En este mismo sentido se ha pronunciado alguna doctrina chilena que ha señalado que en lo que dice relación con los documentos electrónicos, carece de sentido distinguir entre originales y copias. Lo que importa es que éste tenga la virtud de asegurar autoría e integridad. En tal sentido CANELO, Carola; ARRIETA Raúl, MOYA Rodrigo Y ROMO Rodrigo. “El Documento Electrónico. Aspectos Procesales”, en *Revista Chilena de Derecho Informático*, N°4, Mayo. Santiago. 2004, p. 88. Los autores llegan a la anterior conclusión luego de afirmar que, si nos enfocamos en el original puro, solo nos podríamos referir a las huellas insertas en la memoria RAM del computador, que por ser volátil, termina volcándose en el disco duro que sería realmente el original, ubicación que, al ser poco operativa, debe ser sustituida por otros soportes como el CD, DVD u otros.

Con todo, estimamos conveniente señalar que el estudio hecho anteriormente no es en ningún caso excluyente, y como expresamente reconoce la LMUCE, también es posible que las nociones de “escrito”, “firma” y “original” se superpongan en algunas legislaciones, a pesar de que la ley anteriormente citada los trata como conceptos separados y distintos.

c) por “iniciador” de un mensaje de datos, se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él; d) por “destinatario” de un mensaje de datos, se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él; e) por “intermediario” en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él; f) por “sistema de información” se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

El principio de la equivalencia funcional se recoge directamente en los arts. 5º y 6º párrafos 1º y 2º de la LMUCE. Conforme al art. 5º: *“no se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión”*. Por su parte el art. 6.1º dispone que: *“cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”*; y el 6.2 dispone que *“el párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”*.

Una dificultad que suele presentarse en la equivalencia funcional del documento escrito en soporte papel por el mensaje de datos, deriva de que su eficacia arranca de la existencia de la firma generalmente autógrafa, de quien lo suscribe²³⁸.

²³⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Teoría General de los títulos de crédito*, op. cit., p.93.

En tal sentido la LMUCE dispone en su art 7.1 que el mensaje de datos cumple el requisito de la firma, en los siguientes términos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

5.3.2.2.- La equivalencia funcional en el Derecho chileno

En el Derecho chileno, la LFE, siguiendo la tendencia internacional sobre la materia, pretende establecer un marco regulatorio que otorgue a los actos y contratos celebrados por medio electrónicos el mismo reconocimiento y protección ante el derecho que reciben los celebrados de manera convencional. Sin perjuicio de lo anterior debemos tener presente que esta normativa se dictó con el sólo objeto de regular a la firma electrónica y a las entidades certificadoras. La insuficiencia normativa, propia de nuestro Ordenamiento, ha convertido en la práctica a la LFE como el estatuto jurídico regulador del comercio electrónico en el sistema jurídico chileno, abarcando en forma omnicomprendensiva materias que exceden su natural campo de aplicación, como las más distintas aristas del comercio electrónico o la protección de los consumidores

En el art 1°²³⁹ fija el ámbito de aplicación de la ley, estableciendo en su inc. 2° los principios orientadores que la inspiran y consagrando la “*equivalencia del soporte electrónico al papel*”, que es como llama a la equivalencia funcional, y en el cual se fundamentan determinadas disposiciones.

²³⁹ Artículo 1°.- “La presente ley regula los documentos electrónicos y sus efectos legales, la utilización en ellos de firma electrónica, la prestación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de dicho servicio de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso.

Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel”.

Toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados”.

Entre las manifestaciones directas del principio de la equivalencia funcional como ya hemos indicado, se encuentra el art 3°, que en su inc. 1°, indica claramente que lo que ha buscado el legislador es incentivar el uso de la firma electrónica²⁴⁰. Conforme a esta disposición sólo un documento electrónico firmado electrónicamente será funcionalmente equivalente a un documento en soporte papel, y por lo tanto, será válido igual que éste y producirá sus mismos efectos. A *contrario sensu*, si no estuviere firmado no operará la equivalencia funcional²⁴¹. El inc. 3° del art 3° se relaciona con el art 7° de la LMCUCE y según cierta doctrina²⁴², la Ley chilena no pretende consagrar la equivalencia funcional en términos absolutos, sino que lo que hay es un suerte de homologación en cuanto a los efectos de la firma electrónica respecto de la firma ológrafa en aquellas normas de nuestro ordenamiento jurídico que se refiera a ellas.

Como ya hemos dado por establecido la equivalencia funcional implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos un régimen de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, verbal, oral o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto y con los mismos fines u objetivos. Los efectos jurídicos pretendidos por el emisor de la declaración deben producirse y reconocerse por el

²⁴⁰ Artículo 3° ley 19799.- *“Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.*

Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes: a) aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico; b) aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y c) aquellos relativos al derecho de familia.

La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos

legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”.

²⁴¹ Como ya indicamos a propósito de los requisitos de la carta de porte aérea (4.4.1 de este trabajo) la firma es esencial en este documento. Luego, si el AWB fuera electrónico deberá constar con firma electrónica para cumplir con el requisito consagrado en este artículo.

²⁴² BARROILHET ACEVEDO; BASSO CERDA, *Conocimiento de Embarque Electrónico*, op.cit., p. 176 y 177.

Ordenamiento jurídico con independencia del soporte escrito o electrónico en que la declaración conste²⁴³.

Sin perjuicio de la importancia que adquiere para el Derecho la consagración de este principio, debemos advertir que su admisión trae aparejados ciertos problemas, que han de ser resueltos por los distintos sistemas jurídicos.

Así por ejemplo, aceptado que sea el principio y como consecuencia del mismo, habrá que admitir a los documentos electrónicos como medios de prueba y asimismo darle el mérito probatorio que corresponda, estableciendo en cada caso los requisitos e incorporando los medio tecnológicos suficientes para ello²⁴⁴.

5.3.3.- Principio de la inalteración del derecho preexistente

Este principio alude esencialmente a que cualquier tipo de legislación relativa al comercio electrónico no debe modificar la situación ya existente en materia de contratos y obligaciones, en efecto, el postulado parte de la hipótesis de que la contratación electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de

²⁴³ ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, “La Equivalencia Funcional...”, op.cit, p 21.

²⁴⁴ En tal sentido, SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, “Principios que Informan el Derecho del Comercio Electrónico”, ob. cit., p.171. En efecto la ley 19.799 en su art 7° rompe la equivalencia funcional a favor de aquellos documentos que proviniendo del Estado cuenten con firma electrónica avanzada (reconocida), otorgándole a estos el valor de instrumento público en perjuicio de documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica simple, o los documentos soportados en papel. Art 7° ley 19.799. *“los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel.*

Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada”. Sobre esta materia vid. CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, “Aspectos probatorios de la contratación electrónica”, en *“Derecho y Tecnologías de la Información”*, AAVV (DE LA MAZA, Iñigo, coord.), Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo Lanery, Santiago, 2002.

En el Derecho español, la LSSICE, dispone que siempre y cuando la Ley exige que el contrato o cualquier información referente al mismo conste por escrito, ese requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico. Con todo, este principio se vino incorporando desde antes, principalmente con la Ley 59/2003, texto que en su exposición de motivos dejó constancia que fue aprobado con el objetivo de “fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad de las comunicaciones electrónicas en la actividad de las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas”. De este modo, desde aquél entonces se concibió esta equivalencia funcional como una herramienta que aportaría a la implementación de las transacciones electrónicas, otorgándole mayor seguridad, eficiencia y eficacia al comercio desarrollado por estos medios.

voluntades negociales, sin que por ello constituya un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica²⁴⁵. Se encuentra recogido tanto en la LMUCE como en legislación interna²⁴⁶.

Con el pasar de los años y el constante desarrollo de la tecnología, la misma doctrina ha señalado que este principio ha ido decayendo, dejando de ser una directriz del comercio electrónico ya que en la actualidad sí existen disposiciones especiales relativas a este tipo de comercio.

La tendencia en el último tiempo se encuentra marcada por el hecho de que se hayan dictado normas específicas sobre comercio electrónico, que lentamente van configurando un cuerpo normativo que responde a criterios o principios propios²⁴⁷. Lo anterior no debiera sorprender, por cuanto en algún momento se previno que existía una “relativa fatiga” de este principio, además que éste fuera en el momento inicial de su formulación el menos sólido de todos ellos y así fuera corroborado con el paso del tiempo²⁴⁸.

Una opinión un tanto distinta, y más favorable a la formulación de este postulado, estima que la inalteración del derecho preexistente, busca solamente regular materias esenciales relativas a documentos y firmas electrónicas. A juicio de esta doctrina el proceso que muestra este principio sólo está orientado a dar

²⁴⁵ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “*Derecho de la Contratación Electrónica*”, op.cit. p. 49

²⁴⁶ Art. 11 LMUCE y art 2º. Ley 19.799. En el ordenamiento español en los artículos 23.1.2 de la Ley sobre servicios de la sociedad de la información (LSSICE) y en el 1.2 de la ley de firma electrónica (LFE)

²⁴⁷ MADRID PARRA, Agustín. “*El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica*” en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, op. cit. p. 73

²⁴⁸ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. “Los principios...” op. cit., p. 30. Sin perjuicio de que con posterioridad, el citado autor exponga en su obra “*Derecho de la Contratación Electrónica*” (2º edición) que: “*El postulado original y legislativo que abre el epígrafe que ahora termina, por consiguiente, ha de reafirmarse: la inalterabilidad del derecho preexistente es real, efectiva y generalizada y la electrificación de los contratos no modifica las regla aplicables a los mismos. La negación de la inalterabilidad supondría sencillamente la necesidad de volver a confeccionar de modo íntegro un nuevo sistema de derecho contractual aplicable ahora al C-E lo qvwue en modo alguno es necesario ni conveniente. La reafirmación requerida, no obstante, ha de connotarse de apreciables excepciones cuyo número e importancia no han hecho sino tender al crecimiento en la medida en que la tecnología igualmente se perfecciona y avanza*”. “*Derecho de la Contratación Electrónica*”, op.cit. p. 53

cabida y eficacia jurídica a este nuevo soporte para expresar la voluntad negocial que permite convenir actos y contratos de los cuales emanan derechos y obligaciones para las partes, estos es, el soporte electrónico²⁴⁹, debiéndose destacar el hecho de que, por ejemplo en la legislación chilena se recoja expresamente su formulación, ya que el mensaje que acompañó a la LFE señalaba que se trataba de un “proyecto acotado”, dejando en claro que no se quería modificar el CC ni el CCo en materia de contratos²⁵⁰. Las instituciones jurídicas por tanto, pueden convivir sin tener que superponerse unas a las otras, de manera que la contratación por medios tradicionales se mantendrá vigente junto a la celebración de actos y contratos por medios electrónicos, de ahí que no haya urgencia en reformar ni sustituir la normativa sobre esta materia²⁵¹.

5.3.4.- Principio de la neutralidad tecnológica

La doctrina nacional chilena se aventuró a definir este principio mientras era tramitada la LFE, señalando que consiste en no comprometer el sistema jurídico a una determinada tecnología, permitiendo que la firma electrónica acceda a modernizaciones destinadas a mantener su eficiencia de empleo, operación, almacenamiento y mecanismos de transmisión²⁵². Si bien es cierto esta definición fue realizada teniendo en consideración a la firma electrónica, creemos que es bastante clara y entraña lo que en esencia se entiende por neutralidad tecnológica.

²⁴⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. “Principios que informan al derecho del comercio electrónico”, ob cit., en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 210, año LXIX, Julio – Diciembre, Concepción, Chile, 2001, p.183.

²⁵⁰ En efecto, la ley 19.799 lleva por título *Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y de los servicios de certificación de dicha firma.*, lo que pareciera indicar un marco acotado de aplicación. No obstante ello, en los hechos y ante la insuficiencia legislativa sobre la materia en Chile, este estatuto pasa a ser el regulador del comercio electrónico en sus más diversas aristas ya que el ordenamiento chileno no cuenta con leyes reguladoras específicas de, por ejemplo, condiciones generales de la contratación, o reguladoras de la sociedad de la información, o que tiendan a adoptar medidas de impulso a ésta, o que traten sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, como sí ocurre en el ordenamiento español.

²⁵¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. “Principios ...” op.cit., p.184

²⁵² TRIVELLI GONZÁLEZ, María Paz. “El Principio de Neutralidad Tecnológica en la Ley N° 19.799”, en *Revista Chilena de Derecho Informático*, Mayo, N°4, año 2004.

http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_complex/0,1491,SCID%253D15831%2526SID%253D567,00.html

Lo que se ha pretendido con su consagración, es reconocer la aptitud de las nuevas normas disciplinarias del comercio electrónico para que mediante sus reglas se abarque no sólo las tecnologías existentes en el momento en que se formulan las normas, sino que también las tecnologías futuras sin necesidad de verse aquellas sometidas a modificación²⁵³.

Este postulado, base esencial de la contratación electrónica, alude principalmente a que cualquier regulación en materia de derecho de las nuevas tecnologías, no puede hacer referencia a una determinada tecnología como necesaria para ejecutar actos y contratos en un entorno electrónico, discriminando eventualmente a otras. Trata de no frenar el avance tecnológico en las materias atinentes a esta área, como lo es el documento o la firma electrónica, o determinadas arquitecturas informáticas por ejemplo.

A partir de su formulación, se pretende que las distintas legislaciones, tanto de Derecho interno como provenientes de Tratados o Leyes modelo, estén orientadas a señalar fines que deben cumplir los sistemas tecnológicos (como por ejemplo la seguridad en la firma del documento) sin por ello circunscribir a una determinada técnica de comunicación en específico.

Este principio tiene importancia para que las normas puedan tener cierta permanencia, evitando la obsolescencia, ante los incesantes cambios que trae aparejados el progreso²⁵⁴, además de que pretende formular un entorno jurídico neutro, orientado hacia el concepto de no discriminación²⁵⁵.

²⁵³ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "*Derecho de la Contratación Electrónica*", op.cit., p. 54. Aporta el autor en indicar el relevante rol que sobre la explicación de este principio cumplió la guía para la incorporación de la LMUCE.

²⁵⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Principios ..." op.cit., p. 175

²⁵⁵ Entendida la discriminación no como el principio en virtud del cual no se le debe negar validez a los documentos con soporte electrónico, sino que no se debe discriminar entre una u otra tecnología a utilizar en este tipo de negocios.

Lo anterior puede ser analizado, de una parte, en torno a que no debe “discriminarse” ninguna de las diversas técnicas que pueden utilizarse para comunicar o archivar electrónicamente información”, y de otra, de acuerdo a lo indicado en el inc. 2° del art. 8.1 CNUUCECI, conforme al cual nada de lo dispuesto en la Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta, es decir, tampoco resulta admisible discriminar positivamente, ya que la información tendrá la validez que jurídicamente corresponda en cada caso, con independencia del soporte en que conste²⁵⁶.

5.3.5.- Principio de la buena fe

La buena fe, si bien no ha sido definida en términos generales, se puede conceptualizar como la conciencia de haber obrado lícitamente. El principio de la buena fe rige con características generales en el Derecho²⁵⁷, y se traduce en la protección de la confianza, cabiendo afirmar que así como resulta exigible que rijan los actos y negocios jurídicos que los operadores económicos celebran en el mundo físico, también se plantea la misma exigencia cuando dichos sujetos operan en un contexto electrónico²⁵⁸.

En cuanto principio rector del comercio electrónico, se refiere a la observancia de esta conducta en las relaciones que se lleven a cabo a través de los medios electrónicos, y en especial en la contratación electrónica. En general todas las Leyes modelo y Convenciones internacionales elaboradas en el contexto del

²⁵⁶ MADRID PARRA, Agustín. “*El convenio ...*” op.cit., p. 65

²⁵⁷ En el Ordenamiento chileno el principio de la buena fe se consagra en el CC (art. 706 y sgtes, a propósito de la posesión y en los arts. 1560 y sgts). En el Derecho español, art. 7.1 CC y 57 CC0

²⁵⁸ GUISALDO MORENO, Angela, “Formación y perfección del contrato en Internet”, Marcial Pons, 2004, p.102y 103

Derecho Uniforme del Comercio Internacional, por instituciones como UNCITRAL o UNIDROIT, se han elaborado respetando y teniendo presente el principio de la buena fe con objeto de reiterar su vigencia en el comercio internacional²⁵⁹.

La buena fe adquiere especial relevancia en el comercio electrónico, debido a que en ellas intervienen personas que quizás nunca lleguen a conocerse. Es más, es muy posible que vivan en diferentes países separadas no sólo por los kilómetros sino también por la barrera del idioma, transformándose el medio electrónico en su única forma de comunicarse, cobrando importancia consecuentemente, como forma de reforzar la buena fe, los sistemas de autenticación que se exija para las operaciones particulares de que se trate²⁶⁰.

Este principio no es más que una aplicación de las tradicionales reglas que rigen la contratación en cualquier área del Derecho. Debemos tener claro que uno de los roles que debe desempeñar el derecho de la contratación electrónica es llegar a determinar que los documentos electrónicos no son más que la instrumentalización del vínculo contractual (en el caso que nos ocupa en este trabajo, del transporte aéreo), por lo que en su ejecución las partes deben respetar el principio de la buena fe ya que la única diferencia entre esta contratación y la tradicional recae en el soporte, que pasa del papel a un soporte electrónico. Luego, la invocación de la buena fe como principio básico del comercio electrónico es en parte una concreta manifestación del principio de la inalterabilidad del derecho preexistente²⁶¹.

6.- LA FORMACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

²⁵⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Principios..." op.cit., p. 179.

²⁶⁰ Así por ejemplo en algunas materias será necesario contar con firma electrónica avanzada. En Chile se exige este estándar para la constitución electrónica de empresas y sociedades, regulada por la ley 20.659 de 8 de febrero de 2013, siendo de vital importancia entonces, los sistemas de certificación de estas firmas ya que éstos facilitarán a los sujetos que intervienen en el comercio, la identificación de la otra parte y la seguridad en el tráfico de los datos.

²⁶¹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "*Derecho de la Contratación Electrónica*", op.cit., p. 58

6.1.- Consideraciones generales

Los contratos electrónicos se perfeccionan cuando se produce el acuerdo de voluntades. No cabe cuestionar que la contratación electrónica es en principio un fenómeno jurídico esencialmente consensual, y de ahí que la forma escrita no se requiera ni como instrumento ni como condición de eficacia del contrato realizado por esta vía²⁶².

El consentimiento en su sentido etimológico es el acuerdo de dos o de muchas personas en el contrato proyectado, la resultante de las voluntades que se unen, o sea la uniformidad de opiniones²⁶³.

Se trata por lo tanto de la convergencia de voluntades en un acto jurídico bilateral, constituido por la oferta y la aceptación. La formación del consentimiento se encuentra regulada en el Ordenamiento chileno en forma general en el CCo (arts. 98 a 108)²⁶⁴.

La particularidad de la contratación entre ausentes se concreta en que, las declaraciones de voluntad no son simultáneas, sino sucesivas, por lo que se dificulta conocer, tanto el lugar donde se perfecciona realmente el contrato, dentro del lapsus temporal que se apertura con la oferta y finaliza con la emisión de la aceptación y la toma de conocimiento de la misma por el oferente; como el momento de la perfección del mismo, y por tanto, del momento hasta el cual será posible la revocación de la oferta²⁶⁵.

²⁶² GUIADO MORENO, Angela, *"Perfección..."*, op. cit. p.174

²⁶³ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XI, De las Obligaciones, Vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p.54.

²⁶⁴ Artículos 99 a 108 CCo.

²⁶⁵ PEINADO GRACIA, Juan, *Derecho Mercantil II*, AAVV (JÍMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo, coord.), 12 edición, Ariel, 2008, p.235.

En materia de comercio electrónico, un tipo particular de contratación a distancia²⁶⁶, debido a la inmediatez de las declaraciones de voluntad, al facilitarse intercambio de consentimientos entre personas alejadas geográficamente, y la utilización de las nuevas tecnologías de la información que provoca, de una parte un acceso inmediato y fácil a nuevos mercados, por los consumidores que no quedan constreñidos al consumo típico de “tienda y almacén”²⁶⁷, pareciera que el clásico paradigma de la perfección del consentimiento requeriría de nuevas construcciones jurídicas que reconocieran esta nueva realidad²⁶⁸.

No obstante, en el Ordenamiento chileno no se ha producido este esperado cambio, produciendo a nuestro juicio, una sensible falta de regulación en la

²⁶⁶ En el Derecho español, conforme lo establece el art. 92.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), modificada por la Ley 27/2014, BOE n° 76, de 28 de marzo de 2014, se entiende por contrato celebrado a distancia aquellos: “...con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax”.

En su momento, la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DOCE n° L 144/19, de 14 de junio de 1997 (derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2011), definió a los contratos perfeccionados electrónicamente como: “todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrados en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”. En el Ordenamiento español el antiguo art. 38 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), BOE n° 15, de 17 de enero de 1996, rectificada por BOE n° 42, de 17 de febrero de 1996 (modificado por la disposición final 2.4 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Ref. BOE-A-2014-3329) los definía señalando que son: “los contratos celebrados sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por medios telemáticos”.

²⁶⁷ PERALES VISCASILLAS, María, “Comercio Electrónico...”, op. cit. p.406.

²⁶⁸ Sin perjuicio de que para cierta doctrina no pueda estimarse que los contratos electrónicos constituyan una nueva realidad comercial que justifique por sí sola la creación de una categoría contractual nueva, por cuanto si así fuera, en su oportunidad se debiera haber hablado de “contratos telegráficos” o contratos telefónicos”. En tal sentido, PINOCHET OLAVE, Ruperto, Artículo 12 A”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la protección de los derechos de los consumidores*, AAVV (DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos, dir.), Thompson Reuters, 2013, p. 266

legislación positiva, más allá de la mínima referencia que hace la LPDC según desarrollaremos, pero que en ningún caso soluciona en forma orgánica el problema de la perfección del contrato celebrado por medios electrónicos y que implica en concreto que la misma normativa clásica, existente en el Derecho común, se aplique, o más bien se procure aplicar a fuerza, de la misma forma y con igual interpretación en el Derecho del comercio electrónico.

En concreto para que en el Derecho chileno se forme el consentimiento en un contrato celebrado electrónicamente, es necesaria la concurrencia de la oferta electrónica y de la aceptación electrónica, siendo lo único distinto por lo tanto el soporte en el que se exteriorizan ambos cual es el medio electrónico, pero la normativa a aplicar y la forma de interpretarla, es la misma existente en los códigos vigentes del siglo XIX

6.2.- La Oferta

6.2.1.- Aspectos generales de la oferta

La oferta en términos generales es un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato en términos tales que, para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente acepte²⁶⁹.

En virtud del principio de equivalencia funcional, se hacen aplicables a propósito de la oferta electrónica esta todas las disposiciones y distinciones existentes en el comercio tradicional.

De ahí que sea necesario mencionar que la oferta para ser considerada tal, debe cumplir con los siguientes requisitos: debe ser completa, en el sentido de

²⁶⁹ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio; *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II p. 205.

que en la oferta debe señalarse en forma precisa todos los requisitos del contrato que sean necesarios para que éste quede perfecto con la sola aceptación del destinatario, y debe ser seria, por lo que la oferta, como toda manifestación de voluntad debe ser emitida por una persona capaz y con el propósito de vincularse jurídicamente.

Es necesario destacar que la oferta no es una declaración de voluntad que produzca efectos infinitamente en el tiempo, por el contrario, tiene una vigencia determinada que estará subordinada, principalmente, a la aceptación o rechazo de la misma y a la revocación que, en su caso, pueda ejercitar el oferente.

Existen distintas clases de ofertas entre las cuales encontramos, las verbales (art. 97 CCo²⁷⁰), las escritas (art. 98 CCo²⁷¹), las expresas, las tácitas y las ofertas dirigidas a persona determinada o a persona indeterminada (art. 105 CCo)²⁷².

Cuando nos referimos a ofertas indeterminadas como lo son aquellas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en

²⁷⁰ Art. 97 CCo.- *“Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirige; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso”*

²⁷¹ Art. 98.- *“La propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso.*

Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada.

En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación”.

²⁷² Art. 105 CCo.- *“Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace.*

Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente”.

Entre las ofertas a personas indeterminadas merecen especial mención aquellas que para perfeccionar el contrato simplemente tienen que ser aceptadas o rechazadas, sin que haya lugar a una libre discusión, o sea, respecto de las cuales no cabe una aceptación condicional, y que reciben el nombre de contrato de adhesión. DUCCI CLARO, Carlos; *Derecho Civil Parte General*, Cuarta Edición Actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 249.

cualesquiera otra especie de anuncios impresos, entendemos que se incluyen las ofertas contenidas en los sitios o páginas web.

6.2.2. Obligatoriedad de las ofertas realizadas por medios electrónicos

Tratándose de ofertas dirigidas a persona indeterminada, al analizar lo dispuesto en el art. 105 del CCo, tenemos que ellas no son obligatorias para el que las hace, a menos que los anuncios, prospectos o catálogos se dirijan a persona determinada, bajo la condición de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los bienes o servicios ofrecidos, que no se haya modificado su precio, y de que existan en el domicilio del oferente²⁷³.

De lo anterior, se desprende que en el Derecho chileno se sigue un criterio de la declaración de la respuesta en materia de formación del consentimiento, en virtud de la cual basta, para que el contrato quede perfecto, la sola aceptación aun cuando el proponente la ignore, así por ejemplo sería suficiente la sola comunicación del aceptante manifestando su conformidad con la oferta para que se forme el consentimiento, independientemente de cuando esta se haya enviado.

Para la más tradicional de las doctrinas chilenas²⁷⁴, las ofertas del art. 105 CCo se tratan de una de las formas de publicidad comercial y más que ofertas, son demandas de oferta, es decir, meras proposiciones de contratar sin ningún valor obligatorio. Es decir, se trata de meras invitaciones a proponer ofertas, siendo el proveedor quien ve si acepta o no la propuesta hecha por el consumidor.

²⁷³ Criterio uniforme con el hecho de que de los artículos 99, 101 y 104 del CCo. De lo anterior, se desprende que en Chile se sigue la teoría de la declaración de la respuesta en materia de formación del consentimiento, en virtud de la cual basta, para que el contrato quede perfecto, la sola aceptación aun cuando el proponente la ignore, así por ejemplo sería suficiente la sola comunicación del aceptante manifestando su conformidad con la oferta para que se forme el consentimiento, independientemente de cuando se envíe.

²⁷⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; *De los Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 87. A su juicio que quienes mantienen ofertas permanentes por tener industrias, comercio o servicios a disposición del público no tienen la obligación de contratar con el primero que acepte

Para nosotros es difícil sostener lo planteado por esta doctrina y entender que en dichos sitios no se contiene una oferta en los términos del CCo, al contrario, la práctica nos demuestra que la costumbre comercial y la normativa de consumidores ha avanzado en sentido contrario al postulado clásico del art. 105 CCo, correspondiendo por tanto, a nuestro juicio, calificar el supuesto descrito en la norma, como una verdadera oferta contractual, obligatoria para el que las hace. Insoslayable a nuestro juicio resulta la disposición contenida en el art.101 CCo²⁷⁵, conforme al cual las únicas hipótesis en que la oferta podría no obligar a quien la hace es en los supuestos de retractación, muerte o incapacidad del proponente.

En materia de comercio electrónico, al ingresar a un sitio web, nos encontramos frente a una verdadera tienda virtual, que contiene una completa descripción de los productos o servicios ofrecidos, su precio, medios de pago, etc., añadido al hecho de que en muchos casos basta con sólo hacer un *click* de aceptación en la casilla correspondiente, para que la adquisición del producto sea cursada entendiéndose entonces expresado el consentimiento por este medio.

De hecho, para algunos²⁷⁶, estaríamos frente a un cambio de criterios en cuanto al valor de las ofertas a personas indeterminadas, considerando lo dispuesto en la LPDC, particularmente en el artículo 12 que establece que: *“Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”*; en el artículo 13²⁷⁷, que establece la prohibición de la negación de venta o servicio; en el

²⁷⁵ Art. 101 CCo.- *“Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente”*.

²⁷⁶ WAHL SILVA, Jorge; “Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos, derecho chileno y derecho comparado”, en *Derecho de los Contratos. Cuaderno de Extensión Jurídica* 6. Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2002, p. 143. Véase además CARRASCO BLANC HUMBERTO, Rolando; *Contratación electrónica y contratos informáticos*, Santiago, Editorial La Ley, 2000 p.172. Con todo, hay que mencionar eso sí, que en base a las mismas normas, otros autores afirman más bien, que estaríamos frente a una oferta tácita cuyo poder vinculante se vería reforzado por las normas de protección al consumidor.

²⁷⁷ Art.13 LPDC.- *“Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”*.

artículo 35 inc. 3º²⁷⁸, que establece la obligatoriedad de las ofertas y promociones (entendidas como rebaja de precio) y por último, en el artículo 30 inc. 1º²⁷⁹, que establece la obligatoriedad de publicar el precio de los productos en exhibición.

A pesar de lo expuesto, en Chile aún se mantiene vigente la posición tradicional que favorece al comerciante, quien tendrá la última palabra para aceptar o rechazar la oferta de compra, pero lo cierto es que frente a esta dualidad de posturas existente respecto a la oferta contenida en sitios *web*, se hace necesario realizar varias precisiones para lograr determinar si en el caso concreto, estamos o no frente a una verdadera oferta o bien ante una mera invitación a negociar.

A nuestro juicio, resulta incorrecto generalizar en esta materia, siendo lo más acertado distinguir varios supuestos atendiendo al caso concreto, criterio que se enmarca dentro de lo debemos entender como nueva doctrina.

Cobra aquí importancia un aspecto que quizás no había tomado el protagonismo que merece, cual es el análisis del alcance de los requisitos de la oferta, que de cumplirse o no, la diferencian de una mera invitación a formular ofertas, coincidente con la no obligatoriedad atribuida a las ofertas dirigidas a persona indeterminada.

Los requisitos de la oferta son: que debe ser completa y que debe ser firme o seria. Si falta el requisito de la seriedad o firmeza, esto es que quien formula la proposición del contrato lo hace sin la intención de quedar vinculado por su aceptación, la proposición de contrato no produce el efecto propio de la oferta contractual, o sea, no se torna obligatoria por el hecho de la aceptación del

²⁷⁸ Art. 35 inc. 3º LPDC.- *“De lo ofrecido en la promoción u oferta, el consumidor podrá requerir del juez competente que ordene su cumplimiento forzado, pudiendo éste disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en especie de lo ofrecido”.*

²⁷⁹ Art. 30 inc. 1º LPDC.- *“Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los precios de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente”.*

destinatario²⁸⁰. Faltará el requisito de la seriedad, en aquellas declaraciones de voluntad hechas sin la intención de obligarse, realizadas sólo por juego o jactancia y en aquellas en las que el autor se reserva la facultad de decidir sobre la celebración misma del contrato, o bien sobre la determinación de alguno de sus elementos esenciales.

Este segundo supuesto es el que nos interesa, ya que de darse, tenemos que aun cuando la proposición de celebrar el contrato sea completa, el hecho de que quien la formule se reserve la posibilidad de decidir si celebra o no el contrato, determina que la aceptación de dicha proposición no sea suficiente para que el contrato se entienda formado. La reserva a que hacemos mención puede tener el carácter de expreso o tácito. Será expresa, cuando quien emite la propuesta de contrato formula su renuencia a quedar obligado por la aceptación de la persona o personas hacia quienes las dirige en términos directos y explícitos, será tácita, cuando se desprende indubitadamente, de las circunstancias en las cuales se formula la proposición de contratar, siendo el ejemplo más obvio para algunos, el de las ofertas dirigidas a persona indeterminada del artículo 105 CCo y dentro de las cuales enmarcamos, tal como hemos indicado, a las ofertas contenidas en sitios web²⁸¹.

No existe problema alguno con que exista una reserva expresa, siempre que se encuentre claramente redactada y que no induzca a engaños, puesto que dentro de los deberes del consumidor está justamente el informarse sobre las

²⁸⁰ DE LA MAZA, Iñigo, “El Suministro de Información Como Técnica de Protección de los Consumidores: Los Deberes Precontractuales de Información”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17 - Nº 2, 2010*, pp. 32 y 33. (consulta 30-01-2014).

²⁸¹ Así, MATEU DE ROS que señala que como regla general, la existencia de una oferta comercial genérica en una página web es una simple actividad de “presencia pública”, que no ha de ser calificada como objeto de contrato, ni producir, normalmente, ningún efecto jurídico para el proveedor. MATEU DE ROS, R., *El consentimiento y el proceso de contratación electrónica*, en *Derecho de internet. Contratación electrónica y firma digital*, AAVV (MATEU DE ROS, Rafael; CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel, coords), Aranzadi, Aranzadi, 2000, pp. 56-57. Incluso siguiendo a Alessandri, podríamos sostener que la oferta que forma parte de los contratos celebrados por broma o complacencia, bajo una condición meramente potestativa de parte del deudor, o con una reserva mental conocida del otro contratante o sin ánimo de crear tales derechos y obligaciones, carece de valor; pues falta en ellos la voluntad de obligarse. ALESSANDRI, A.; *De los Contratos...*, ob. cit., pp. 67 y 68.

condiciones de contratación (art. 3.b LPDC²⁸²), pero homologar las ofertas contenidas en sitios web, a una eventual reserva tácita, parece ser inadmisibles. De ahí que pueda aceptarse que lo relevante siempre es la “intención” de la oferta dirigida al público, que deje de manifiesto la intención del proponente de contratar con quien acepte, esto aun cuando dicha oferta se haga por medio de tiendas virtuales²⁸³. El problema de esta doctrina, es que al hablar de “intención”, se refiere a un aspecto subjetivo, no del todo precisado, susceptible de diversas interpretaciones y que resulta a lo menos dificultoso determinar, si en el caso concreto, existe o no dicha “intención” que dejaría sin efecto la referida reserva tácita.

Algunos autores, basándose en los artículos 3 c), 12 y 13 la LPDC²⁸⁴ postulan que existe respecto del proveedor una presunción de seriedad de sus ofertas, en el sentido que del hecho de poner a disposición del público bienes o servicios relativos a su giro comercial implica per se intención de obligarse en caso de aceptación²⁸⁵.

Esta tesis sería de utilidad para desechar lo relativo a la supuesta reserva tácita, como parte de la falta de seriedad de la oferta, pero no implica la exclusión de la reserva expresa por parte del proveedor, institución que fundamentalmente en virtud de la autonomía de la voluntad, no se ve de qué forma podría causar

²⁸² Artículo 3º LPDC.- *“Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”*

²⁸³ Lo que va en armonía con lo dicho de que resulta difícil sostener que la forma en que se propone el contrato al público en los sitios web constituyen meras invitaciones a formular ofertas, negando el hecho de que a lo menos estamos frente a la apariencia de verdaderas ofertas, obligatorias por tanto para el que las hace.

²⁸⁴ Artículo 3º LPDC.- *Son derechos y deberes básicos del consumidor: c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;*

Artículo 12 LPDC.- *Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.*

Artículo 13 LPDC.- *Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas.*

²⁸⁵ En tal sentido, VARAS BRAUN y MOMBERG URIBE; “La oferta en Chile: un ordenamiento, tres regímenes”, en *Temas de contratos AAVV* (De LA MAZA, Iñigo, coord), Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p. 67.

algún tipo de perjuicio y sea, consecuencialmente, calificada como una conducta abusiva, aunque bien, se podría alegar la causal de la letra g), que según ya indicamos era una cláusula abierta y genérica²⁸⁶, por lo que habría que llegar a determinar en qué medida cumple con el supuesto planteado en la norma. Así, a la hora de determinar si las ofertas contenidas en los sitios web son o no obligatorias para el que las hace, es necesario analizar varios supuestos y elementos que hemos analizado y que se resumen en determinar si se cumple con los requisitos para constituir una verdadera oferta, con lo novedoso de ver si existe o no una reserva expresa de parte del proveedor contenida en las condiciones generales de contratación.

Ahora bien, cabe preguntarnos si la publicidad es una auténtica oferta de contrato cuya aceptación daría lugar al nacimiento de un contrato o se trata de una simple invitación a negociar.

Responder a esta interrogante, supone enfrentarse a una nebulosa que a pesar del paso del tiempo aún no resulta del todo clara, por lo menos teóricamente, y más aún, en el tema en estudio en donde el medio (comercio electrónico) por el cual se realiza la publicidad es el mismo por el cual se perfecciona la contratación²⁸⁷.

Independientemente del medio empleado para exponer la publicidad, quizás se haga necesario examinar la forma o los términos en que se plantea, ver si cumple o no con los requisitos para que constituya una verdadera oferta, pudiendo eventualmente incluso sostener que se trata de una oferta implícita dirigida a persona indeterminada, o por el contrario, por su solo propósito constituye una simple invitación a negociar, situada entonces en la etapa pre-contractual, previa siempre a la formación del consentimiento.

²⁸⁶ 2.4.1 de este trabajo.

²⁸⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; *Los Contratos. Parte General*, Cuarta Edición Revisada y Ampliada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo I, p. 21.

La LPDC, en manifestación de su espíritu claramente protector para con el consumidor, al definir en su art. 1.4²⁸⁸ lo que es publicidad, indica expresamente que se tienen por incorporadas al contrato todas las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato, haciendo incluso una enumeración de aquellas condiciones en su art. 28²⁸⁹.

Luego, si bien técnicamente la publicidad se encuentra temporalmente en una etapa precontractual, anterior a la formación del consentimiento, estimada como una simple invitación a negociar, el efecto práctico logrado con la disposición señalada respecto de las condiciones objetivas, es que obligan igualmente al proveedor a cumplir con dichas condiciones para con el comprador o usuario, estimándose por la ley que dichas condiciones si las publicitó el proveedor, fue con ánimo de incorporarlas al ulterior contrato, por lo que, si en el futuro, no se cumple por parte del proveedor con lo prometido, estaríamos ante un incumplimiento contractual, y aún más, si eventualmente la publicidad resultó ser engañosa, incluso se podría demandar indemnización de perjuicios por los daños ocasionados.

6.3.- La aceptación

6.3.1.- Aspectos generales de la aceptación

²⁸⁸ Art. 1.4 LPDC.- *"Publicidad: la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28"*.

²⁸⁹ Artículo 28.- *Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de:*

- a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;*
- b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;*
- c) las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;*
- d) el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes;*
- e) las condiciones en que opera la garantía, y*
- f) su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.*

Es la conformidad con la oferta por parte de la persona a quien va dirigida. Producida la aceptación, queda formado el consentimiento conforme lo establece el art. 101 CCo.

Sus requisitos son: debe ser pura y simple. No admite condición y debe ser coincidente en todas sus características esenciales con la oferta, ya que la aceptación condicional pasa a ser considerada una nueva oferta o contraoferta, realizada esta vez al primer oferente, que será considerado nuevo destinatario de la segunda oferta; debe suponer una voluntad de contratar seria o definitiva. No basta cualquier respuesta a la oferta, es necesario que incorpore en forma clara la voluntad contractual. Por lo que, no constituyen aceptación los meros acuses de recibos de la oferta, la expresión del interés que ella puede haber despertado en el destinatario o cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto el período de negociación; debe exteriorizarse a través de cualquier medio idóneo que no necesariamente debe ser el mismo que el utilizado para formular la oferta.

Sin perjuicio de lo anterior, para situarnos dentro del ámbito de la contratación electrónica, la aceptación deberá necesariamente producirse electrónicamente; debe ser tempestiva, es decir producirse mientras la oferta esté vigente, esto es, antes de que haya sido revocada o haya caducado por cumplimiento del plazo o condición establecida para su vigencia;

La aceptación, es el segundo elemento para la formación del consentimiento electrónico, el cual a diferencia de la oferta, como ya dijimos, deberá de haberse formulado por medios electrónicos para poder situarnos dentro del ámbito propio del consentimiento electrónico y, en consecuencia, del negocio jurídico electrónico. Luego, en la práctica, tenemos que cuando se manifiesta la voluntad en un proceso comunicacional establecido con una página web se lo hace pulsando la sobre la leyenda “acepto” lo que constituye una declaración expresa de la voluntad, en orden a exteriorizar la conformidad a una serie de condiciones previamente informadas en la oferta, a las que el declarante tuvo acceso, en efecto al día de hoy, las páginas webs que ofrecen productos y servicios, con el objeto de cumplir con sus deberes legales de información,

incorporan páginas de visualización obligatoria de las condiciones generales de la contratación antes de llegar a la opción “acepto”, con lo cual podemos presumir que la aceptación ha sido otorgada con pleno conocimiento de las condiciones ofrecidas, siendo sumamente difícil alegar lo contrario.

6.3.2. Aceptación electrónica y condiciones generales de contratación

Los esquemas contractuales tradicionales suponen un contrato personalizado, en que ambas partes, ubicadas en un plano de relativa igualdad, convienen las cláusulas que regularan sus relaciones. Este esquema, que aún hoy subsiste en algunos casos, ha sido reemplazado por la contratación masiva, por el imperio del mercadeo y la publicidad y desde el punto de vista económico-jurídico, por el consumo y la adhesión²⁹⁰.

Una de las mayores dificultades que presenta el estudio de la aceptación por medios electrónicos, dice relación justamente con la masiva utilización de condiciones generales de contratación en las modalidades de contratación vía Internet, sobre todo lo que se refiere al problema del conocimiento de tales condiciones por parte del adherente a tal clase de contrato y, claro está, la prueba de la aceptación.

Sin lugar a dudas, la aparición de los instrumentos de contratación en masa, ha devenido en la necesidad de revisar los presupuestos sobre los cuales está construida la teoría general del derecho de obligaciones y contratos, con el fin de realizar modificaciones para procurar la adecuada protección de la parte más débil del contrato y limitar las facultades del predisponente.

Dentro de los instrumentos jurídicos utilizados para limitar los abusos en la utilización de contratos de adhesión a cláusulas predispuestas, se encuentra la

²⁹⁰ SEGURA RIVEIRO, Francisco; “Algunas Cuestiones Actuales en Torno a la Oferta y la Aceptación”, http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N3_Temas_contratos/cuestiones_actuales_oferta_aceptacion_franciscoSegura.pdf.

elaboración de un conjunto de normas tendentes a asegurar que las condiciones generales sean utilizadas dentro de los parámetros de la buena fe contractual, que el adherente haya conocido efectivamente las condiciones generales y que haya dado su consentimiento en términos explícitos aceptando las mismas, destacando, aquí el denominado deber de información.

En el Ordenamiento chileno, el mayor esfuerzo en el sentido indicado ha sido la entrada en vigor de la LPDC, el cual expresamente se refiere a los contratos celebrados por medios electrónicos en su artículo 12 A, que señala: *“En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.*

La sola visita del sitio de internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato”.

De esta norma, se debe destacar el carácter protector que presenta respecto del consumidor, ya que señala expresamente que de no haber concurrido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales de contratación, el consentimiento simplemente no se entiende formado, con lo que cobra importancia lo dicho a propósito del deber de información previa existente respecto del proveedor, el cual ahora vemos que de no cumplirse, conlleva la inexistencia del contrato.

A propósito del art. 12 A LPDC, surge la interrogante de si tiene cabida o no la voluntad tácita y al silencio como manifestación de voluntad o aceptación en materia electrónica, duda que nace a raíz de la exigencia de una aceptación en forma inequívoca de las condiciones ofrecidas por el proveedor.

La voluntad es tácita cuando se infiere o deduce de un modo concluyente del comportamiento o conducta de un sujeto. La calificación del carácter concluyente o no de un determinado comportamiento será una cuestión de hecho que deberá resolver el juez en cada caso, recurriendo para ello a las reglas de la lógica y en el caso de que esta calificación de la que hablamos, no sea realizado por las partes, ni por el juez, sino que por la ley, la voluntad tácita recibe el nombre de presunta.

Respecto al silencio como manifestación de voluntad, al igual que en la teoría clásica del negocio jurídico, en la contratación electrónica el silencio por regla general, no significará nada, a excepción de que la inactividad de la parte se dé dentro de un contexto del que quepa deducir alguna voluntad en términos concluyentes.

Esta idea se encuentra completamente en armonía con lo dispuesto en el artículo 3° de la LPDC que señala dentro de los derechos y deberes básicos del consumidor, en su letra a) La libre elección del bien o servicio, indicando expresamente que *“el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”*²⁹¹.

²⁹¹ De hecho, en la misma historia de la LPDC, se precisa que el silencio del consumidor no constituye aceptación en los actos de consumo. Idea con la cual se pretendió evitar la práctica denominada “enrolamiento negativo”, en virtud de la cual los consumidores deben expresar su voluntad para dejar sin efecto contratos que no han celebrado). *Historia de la Ley 19.496*, p. 130, disponible en <http://www.bcn.cl> (visita del 31-01-2014). Esta norma pone a resguardo al consumidor de aquellas situaciones abusivas, incentivadas por la situación de franca desigualdad en que se encuentran las partes negociadoras (predisponente y aceptante), pues la imposición de un determinado significado al silencio de la parte débil de la relación jurídica, podría sin dudas, considerarse un abuso de posición dominante y, por tanto, una actuación de mala fe. Lo que atentaría con la norma ya expuesta y además, con lo visto a propósito de las cláusulas abusivas,

Esta norma pone a resguardo al consumidor de aquellas situaciones abusivas, incentivadas por la situación de franca desigualdad en que se encuentran las partes negociadoras (predisponente y aceptante), pues la imposición de un determinado significado al silencio de la parte débil de la relación jurídica, podría sin dudas, considerarse un abuso de posición dominante y, por tanto, una actuación de mala fe, lo que atentaría contra la norma ya expuesta y además, con lo ya estudiado a propósito de las cláusulas abusivas (art. 16 g LPDC), que resta todo efecto a las cláusulas que atentan contra las exigencias de la buena fe.

6.3.3. Momento de la perfección del contrato electrónico

Ya hemos indicado que el CC chileno no contiene disposiciones que regulen la formación del consentimiento, por lo que nuestro legislador intentó remediar esto al momento de promulgar el CCo y, tal como se señala en el mensaje del mismo cuerpo legal, se quiso llenar un sensible vacío de nuestra legislación civil haciendo aplicable entonces las disposiciones de la normativa mercantil, relativa a la formación del consentimiento, en el derecho común.

Determinar particularmente el momento de perfección del contrato sirve para establecer entre otras cosas: las leyes por las cuales ha de regirse, la capacidad de las partes, la presencia o no de objeto ilícito, la determinación de si el contrato se celebró antes o después de la declaratoria de quiebra de uno de los contratantes, la preferencia del derecho de las partes, la determinación de cuándo son de cargo del acreedor los riesgos del cuerpo cierto objeto del contrato y exigibles los derechos y obligaciones que engendra, la posibilidad de que el proponente puede retractarse de su oferta, la precisión de hasta qué momento la

en el artículo 16, especialmente en su letra g) que resta efecto alguno a las cláusulas que atentan contra las exigencias de la buena fe.

muerte o incapacidad legal de alguna de las partes obsta a la formación del mismo (ya que perfeccionado el contrato esa retractación no es posible y esa muerte o incapacidad carece de toda influencia), etc ²⁹².

Para resolver este problema, es necesario distinguir si el contrato se celebra entre presentes o entre ausentes, precisando en todo caso que el verdadero conflicto sólo se presenta en los segundos. Cabe precisar que en doctrina existen dos criterios para establecer si la contratación es entre presentes o entre ausentes²⁹³.

El primer criterio atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en el mismo lugar. Luego, conforme a esta doctrina, son contratos entre ausentes aquellos que se celebran entre partes que no se encuentran reunidas en un mismo lugar; y contratos entre presentes, los que se celebran entre personas que se encuentran en un mismo lugar, una frente a la otra.

El segundo criterio, atiende a si la aceptación puede ser conocida por el oferente inmediatamente después de ser emitida o no, de acuerdo al cual. Luego, son contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente solo después de cierto tiempo de haber sido formulada, y contratos entre presentes, aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida.

Esta distinción de criterios, no presenta mayores dificultades en el comercio tradicional, de ahí entonces que incluso podamos unirlos para referirnos a los contratos entre presentes como aquellos en que las partes, o a lo menos el aceptante, manifiestan sus voluntades verbalmente, por sí o por sus mandatarios o representantes legales y en que no hay un intervalo de tiempo apreciable entre la aceptación y el conocimiento de ella por el oferente. De lo que resulta, que el problema relativo al momento y al lugar en que se perfecciona el contrato no ofrece problema alguno, puesto que la aceptación debe darse en el acto de que la

²⁹² ALESSANDRI, A.; *De los Contratos...*, op. cit, p. 101.

²⁹³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *"Derecho del Comercio Electrónico"*, op. cit. p. 67-68.

oferta sea conocida por la persona a quien se dirige. El contrato entonces, se perfeccionará cuando el aceptante exprese su aceptación y en el lugar en que las partes o quienes las representen se encuentren en ese momento²⁹⁴.

Distinto a lo que ocurre con los contratos entre ausentes, donde lo característico es que al darse la aceptación, las partes o sus personeros no se hallan en presencia una de otra, por lo que existe un espacio de tiempo entre la aceptación y el conocimiento de ella por el proponente.

Para determinar entonces el momento en que se perfecciona el contrato celebrado entre ausentes, distinguimos cuatro sistemas o teorías²⁹⁵: la de la aceptación o declaración, la del conocimiento o de la información, la de la expedición y la de la recepción (estos dos últimos constituyen derivaciones de los dos primeros).

Brevemente se puede indicar que el sistema de la aceptación o de la declaración, postula que el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante manifiesta su aceptación, aunque el proponente la ignore o el instrumento que la contiene no llegue a su poder; el sistema de la expedición, afirma que el contrato se perfecciona cuando el aceptante envía el documento que manifiesta su aceptación, cuando se desprende del documento a fin de hacerlo llegar al proponente para que éste pueda conocerlo; el sistema de la información o conocimiento en tanto, va más allá y postula que el contrato se perfecciona cuando el proponente tiene conocimiento real y efectivo de la aceptación; el sistema de la recepción, el contrato se perfecciona cuando el instrumento que contiene la aceptación llega a poder del proponente, aunque éste no se imponga de su contenido.

²⁹⁴ ALESSANDRI, A.; *De los Contratos*, op. cit., p. 102.

²⁹⁵ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XI, De las Obligaciones, Vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p.78 a 83.
ALESSANDRI, A.; *De los Contratos*, op. cit., pp. 103 y 104.

De la lectura de los artículos 99 y 101 CCo²⁹⁶ se desprende que en el comercio tradicional se sigue el sistema de la aceptación o de la declaración²⁹⁷.

La duda continúa planteándose respecto a lo que acontece en la LDPC, particularmente en lo que se refiere a la contratación electrónica, ello porque el mencionado artículo 12 A, indica simplemente que para que nazcan obligaciones, el consumidor deberá haber aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor, pero no indica nada sobre el momento en que debe entenderse formado el consentimiento.

Cobra aquí importancia por tanto los criterios vistos para determinar si nos encontramos frente a un contrato entre ausentes o presentes, pues si nos restringimos al primer criterio, que atendía al lugar en que se encuentran reunidas las partes, sería imposible sostener este postulado, en tanto que si seguimos el segundo criterio, que atendía a la inmediatez (concepto relativo) con que el oferente pueda conocer la aceptación, podría caber sin problemas esta interpretación.

Sin perjuicio de lo anterior, y atendida la solución concreta que debe proporcionar el sentenciador, determinar si estamos frente a un contrato entre ausentes dependerá en definitiva de acuerdo al transcurso de cierto tiempo, que puede ser más o menos largo, en realidad corresponde a una situación de hecho que deberá apreciar el juez en cada caso no siendo posible por tanto dar una regla al respecto

²⁹⁶ Art. 99. *El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume.*

Art. 101. *Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente.*

²⁹⁷ Aún cuando la doctrina tradicional civilista reconoce ciertas situaciones en que el contrato no se perfecciona con la sola aceptación, siendo la más importante sin dudas, el que las mismas partes hayan convenido que se perfeccione en otro momento distinto ALESSANDRI, A.; *De los Contratos*, ob. cit. p. 106.

Ante el silencio del legislador en esta materia, algunos autores²⁹⁸, basándose en diversas normas de Derecho comparado, plantean la tesis de que al día de hoy no es correcto hablar de la contratación electrónica como un contrato entre ausentes como lo sostenemos, sino que debido a los grandes avances tecnológicos que han devenido en alterar los conceptos de tiempo y espacio en la red, hoy debemos hablar más bien de una contratación entre presentes, aplicable por tanto en todo, la normativa que rige este tipo de contratos, inclusive la concerniente al momento de perfección del mismo, por lo que, el supuesto problema al que aludimos no existiría en realidad.

Según cierta doctrina²⁹⁹, la clasificación que distingue contratos entre presentes y ausentes, debe ser superada, ya que resulta claramente injustificada para acomodar a los modernos medios de comunicación que emplean las partes como vehículo para la exteriorización del consentimiento contractual, de tal forma que se impone una doble categoría de distinción: contratos perfeccionados entre presentes y distantes, que hace referencia a la distancia que media entre las partes en el momento de la perfección el contrato; y, contratos de formación sucesiva y de formación instantánea, que se corresponde con la inmediatez en el intercambio de las declaraciones de voluntad, siendo instantánea o inmediata en la segunda y sucesiva en la primera.

No obstante lo anterior, a nuestro juicio debemos analizar en forma especial la contratación a través de sitios web, ya que no es posible dar una

²⁹⁸ PINOCHET OLAVE, Ruperto; "La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información, Parte I: La Oferta Electrónica", en *Ius et Praxis [online]*. 2004, vol.10, n.2, pp.267-320.<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122004000200009&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122004000200009, visita del 03 de abril de 2014. A juicio del autor para corroborar lo dicho, basta mirar lo que sucede con los contratos celebrados a través de chat o de videoconferencia en que a pesar de una presupuesta distancia, existe una inmediatez en la comunicación entre los contratantes, cuestión que incluso podría hacerse extensiva a la contratación vía mail, en donde la velocidad entre el envío y la recepción de la comunicación es prácticamente instantánea. La misma solución ya se esbozaba por la doctrina clásica en Chile, a propósito del contrato por teléfono. Situación que ya era reconocida por ejemplo en el CC suizo de 1911 que indicaba: "Los contratos concluidos por teléfono se reputan hechos entre presentes si las partes o sus mandatarios han estado personalmente en comunicación. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, op .cit. p.99

²⁹⁹PERALES VISCASILLAS, María, *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, AAVV (BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, coord.), La ley, 2001, p.410.

respuesta unitaria a la hora de determinar si se trata de una especie de contratación entre presentes o no, sino que será necesario realizar la distinción entre páginas webs interactivas u “*online*” o pasivas u “*off line*”.

Luego, tendríamos como resultado de que, por regla general, en los casos en que se trate de una web interactiva, de aquellas que cuentan con un sistema electrónico de comunicación bidireccional en línea, lo lógico sería considerar tal proceso de negociación dentro de la categoría entre presentes y, en caso contrario, como una especie de negociación entre ausentes.

Subsistiría de todas formas el problema de determinar el momento de perfección del contrato en la contratación a través de sitios web, pero con el agregado de tratarse únicamente de páginas web pasivas u “*off line*”, respecto de las cuales no quedaría más remedio que aplicar el CCo, y aplicar la teoría de la declaración, con todos los defectos y problemas que ella acarrea³⁰⁰, por lo que creemos más conveniente, básicamente por un tema de seguridad aplicar la teoría de la recepción.

En el Derecho español podemos señalar, tal como bien lo dispone el artículo 1262 CC, y siguiendo el principio de la libertad de forma, que el consentimiento se manifiesta, y por consiguiente perfecciona el contrato al momento de producirse el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Este concurso de voluntades puede tener lugar de dos formas, lo que nos lleva a distinguir dos clases de contratos: por un lado los de formación instantánea, que son aquellos en que el intercambio de la oferta y la aceptación tiene lugar de un modo inmediato, y sin solución de continuidad; y por otro, los de formación sucesiva, en que la aceptación tiene lugar en un momento cronológico

³⁰⁰ Dudamos de esta teoría como la más adecuada en materia de comercio electrónico pues acrecienta los problemas propios de seguridad existentes en el mismo, ya que esta teoría no exige que la aceptación llegue a conocimiento del proponente, ni siquiera que le sea enviada, no exige por tanto, una manifestación externa de la voluntad, con lo que se deja entregada la perfección del contrato al arbitrio del aceptante.

posterior a la oferta, sea como consecuencia de la mera voluntad de las partes, sea por hallarse los contratantes en lugares distintos, como es el caso de la contratación por medios electrónicos. Tratándose de aquellos contratos en que el concurso de voluntades tiene lugar en un momento posterior a la realización de la oferta, cabe preguntarse cuándo es este momento.

El Ordenamiento español a lo largo de su evolución, y de la mano por cierto con la evolución de las formas de comunicación, ha fundado sus textos en diversas posiciones. En un primer momento, el CC, aplicable a la contratación realizada fuera del ámbito mercantil, establecía como momento de la perfección del contrato celebrado a distancia el de la llegada a quien hizo la oferta de la aceptación, al establecer que *“La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento”*, acogándose de esta manera a la teoría de la recepción, determinándose que por consiguiente el concurso de voluntades se daría cuando cada una de las dos partes conociera la declaración de voluntad positiva de la otra, lo que implica que debe existir conciencia mutua de la existencia del acuerdo para que el contrato se considere perfecto.

Por su parte el CCo en su artículo 54 se asilaba de manera clara en el sistema de la expedición, estableciendo que *“los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”*. En este caso, “el concurso de voluntades se produce en un momento anterior y no requiere conciencia mutua del acuerdo, sino simplemente acuerdo real conocido por el aceptante, sumado al encauzamiento de la voluntad de aceptar hacia el oferente”

La LSSICE modificó los artículos 1262 del CC y 54 del CC, unificando la regulación para los casos civiles y mercantiles y distinguiendo en dos sistemas distintos en consideración al carácter automático o no del procedimiento empleado en la contratación a distancia. Ambas disposiciones reiteran la misma norma en cuanto al momento de la perfección del consentimiento combinando el criterio de

la cognición y de la expedición, a primera vista opuestos según cierta doctrina, con un resultado que, a su juicio, sorprende en el marco del Derecho comparado al consagrar un nuevo sistema aparentemente mixto³⁰¹.

En la exposición de los motivos que dieron lugar a la aludida normativa, se indicó que la incorporación a la vida social del internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información *“ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio”*.

Es en este contexto, en la búsqueda de otorgar una mayor regulación y seguridad al consentimiento manifestado por medios electrónicos, que esta normativa aprovecha la ocasión para fijar el momento y lugar de la celebración de los contratos electrónicos adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio³⁰².

De este modo, y a contar del 12 de Octubre del año 2002, tanto en el CC como en el CCo, en los contratos de formación sucesiva, rige de manera clara el principio de la recepción o expedición según sea el medio empleado para llevar a efecto la contratación, perfeccionándose el consentimiento manifestado por medios electrónicos cuando el oferente recepciona la aceptación de su oferta, o bien cuando ésta se emite, según sea el caso.

³⁰¹VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Nota Breve Sobre el Momento de la Perfección del Consentimiento Contractual”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, AAVV (CABANILLAS SANCHEZ, Antonio y otros, coord.) Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Thompson Civitas, 2003, p.3212.

³⁰² Exposición de motivos LSSICE, BOE núm. 166, de 12/07/2002

El actual artículo 1262 del CC Español en su inciso segundo reza que *“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, o desde que habiéndosela remitido el aceptante no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”*, texto idéntico a lo dispuesto en el artículo 54 del Código de Comercio que rige las contrataciones de carácter mercantil celebradas en homologas condiciones.

De esta manera, tenemos que la acogida a la teoría de la recepción u expedición no depende ya de la naturaleza de las obligaciones contraídas sino que del medio empleado para llevar a efecto la contratación, como sucedía antes de la reforma del año 2002, en que tratándose de obligaciones de carácter mercantil el artículo 54 CCo se acogía al sistema de la expedición, en cambio tratándose de obligaciones civiles el artículo 1262 CC se asilaba en el principio de la recepción

En definitiva, si el contrato electrónico se celebró a través de dispositivos no automáticos, como por ejemplo el correo electrónico, el consentimiento se perfecciona desde que el oferente conoce la aceptación, o desde que habiéndosela remitido el aceptante no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe, marcándose de esta manera la acogida del principio de la recepción, ya que en estos casos hay una contratación dinámica, pero no instantánea, no existe intercambio simultáneo de información ni tampoco se puede verificar de manera inmediata que el destinatario ha recibido la oferta, ni el oferente la aceptación. A su vez, si el contrato se celebró por medio de dispositivos automáticos, por ejemplo, a través de vía telefónica, habrá consentimiento desde que se manifiesta la aceptación, erigiendo así el principio de la expedición³⁰³.

³⁰³ Esto encuentra su explicación en la evolución tecnológica que se ha alcanzado a la fecha, en que se permite que si bien estamos frente a un claro caso de contratación entre ausentes, en que no existe inmediatez, si hay simultaneidad. El futuro aceptante conoce el contenido de la oferta en

6.3.4.- Lugar de perfección del contrato celebrado por medios electrónicos

Determinar el lugar de celebración de un contrato tiene como consecuencias prácticas: fijar la competencia de los tribunales; determinar la legislación del país aplicable; indicar que uso o costumbre resulta aplicable en el caso en que la voluntad de las partes pueda interpretarse por esta vía.

Este tema nunca ha sido abordado por el Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI) en sus instrumentos de carácter general, ni por UNCITRAL en la LMCUCE o en la CNUCCIM³⁰⁴, sin perjuicio de lo cual, los textos mencionados facilitan la elección del lugar de celebración ofreciendo recursos para que los legisladores nacionales adopten las decisiones operativas necesarias y lo caracterizan de modo que resulte práctica y eficaz la aplicación de la regla nacional consagrada en cada caso, mas se tratarían de recomendaciones sin llegar a imponer ninguna fórmula en específico, por lo que es una materia que queda entrada a los ordenamientos internos.

Para la doctrina clásica chilena³⁰⁵, se aplican respecto de los contratos entre ausentes, las mismas cuatro teorías que vimos a propósito de la perfección del contrato, para determinar ahora el lugar en que se celebra.

Así, resulta que tanto para la teoría de la declaración como para la de la expedición, el contrato se forma en el lugar del domicilio del aceptante, en tanto que para la teoría de la recepción y del conocimiento, el consentimiento se forma en el lugar del domicilio del oferente.

el mismo momento en que el oferente se encuentra manifestando su voluntad, y recíprocamente este va a conocer la voluntad del aceptante de manera instantánea., no hay un lapso temporal entre la oferta y la aceptación. Este último es el caso de la contratación mediante dispositivo web, donde la aceptación se acciona directamente por el aceptante, situación que puede homologarse a la contratación presencial.

³⁰⁴ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “*Derecho de la Contratación Electrónica*”, op.cit. p. 261

³⁰⁵ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC.; op. cit., pp. 220 y 221.

Sin embargo, queda más o menos claro que en el Derecho chileno, la regla es que para todos los efectos legales y salvo estipulación en contrario, el contrato se entenderá celebrado en el lugar de la residencia de aceptante³⁰⁶, lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 104 CCo que prescribe: *“Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”*.

De lo anterior resulta, que al existir disposiciones expresas que señalan el lugar en que el contrato se ha perfeccionado, determinar dicho lugar sea una cuestión de derecho y si los tribunales de fondo establecen que un contrato no se ha celebrado en el lugar que indica la ley, sin que las partes así lo hayan convenido, se estaría infringiendo la ley.

En el ámbito de los contratos electrónicos se presentan determinados problemas al concretar el lugar de celebración, puesto que surge la duda de si ha de ser el lugar donde está el servidor, o el establecimiento principal del oferente³⁰⁷.

En efecto la dificultad que se plantea en la contratación electrónica, no es el hecho de que los contratantes se encuentren en lugares diferentes, lo anterior, porque muchas veces puede resultar imposible saber el lugar exacto donde se encuentran quienes emiten una declaración de voluntad por medios electrónicos³⁰⁸.

De ahí entonces, que es que se podría cuestionar la real aplicación de la teoría de la declaración a la hora de determinar el lugar en que se forma el consentimiento, dando lugar a una interpretación que lleve a sostener que las transacciones electrónicas, al realizarse en el ciberespacio, carecen de territorialidad o espacio físico, por lo que, en esta materia no tendría sentido

³⁰⁶ ALESSANDRI, A. *“De los Contratos”*, op. cit., p. 106.

³⁰⁷ PERALES VISCASILLAS, María, *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, op. cit. p.458

³⁰⁸ MATEU DE ROS, Rafael y CENDOYA MÉNDEZ, De Vigo Juan Manuel; *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, op.cit. p. 103.

intentar determinar un lugar físico en el que se celebra el contrato, perdiendo toda relevancia el hecho de fijar la legislación y jurisdicción aplicable, pues en este supuesto abstracto, lo lógico, sería aplicar un derecho especial propio del espacio en internet.

No obstante, lo cierto es que la problemática a la que aludimos, resulta del todo inocua, pues en la mayoría de los casos, las partes, o sólo una de ellas en el caso de los contratos de adhesión) terminan por fijar de antemano el lugar de celebración y cumplimiento del contrato.

En Derecho español, la LSSICE (artículo 29), hace referencia a este punto, distinguiendo dos situaciones. La primera, para los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual; la segunda, de acuerdo a la cual los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

Por su parte, el artículo 1262 del CC, y el artículo 54 CCo, establecen que el contrato se presume celebrado en el *lugar en que se hizo la oferta*, misma solución que sigue la LOCM al establecer que entre los requisitos que deben concurrir en la oferta de la empresa anunciante de sus productos o servicios, debe constar la sede o establecimiento principal del oferente³⁰⁹

Al colegir estas normas con el artículo 29 de la LSSICE encontramos una contradicción, específicamente en el supuesto en que nos encontremos en los contratos celebrados por vía electrónica en los que una de las partes sea un consumidor, puesto que en estos casos, quien realiza la oferta es el prestador del servicio.

³⁰⁹ PERALES VISCASILLAS, María, *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, op. cit. p.458

Así las cosas, tenemos que, conforme a la normativa de la LSSICE el lugar será el domicilio del consumidor, mientras que el CC, el CCO (aplicables según la naturaleza de la obligación), y la LOCM, nos indican lo contrario, por cuanto el lugar será el del domicilio del prestador del servicio, quien realiza la oferta.

Frente a esta contradicción, estimamos que la normativa aplicable con preeminencia es el artículo 29 de la LSSICE, de manera que tratándose de los contratos celebrados por medios electrónicos en los que intervenga un consumidor, el contrato se entenderá perfeccionado en su domicilio.

Esta conclusión la fundamos básicamente en una interpretación lógica de esta reforma introducida en el año 2002, ya que la disposición especial para la contratación electrónica es justamente este artículo 29, aplicándose por sobre la norma general contenida en el CC y el CCo cumpliendo de este modo con uno de los motivos que se tuvieron en cuenta al momento de la entrada en vigencia de esta normativa, cual era dotar de mayor seguridad la contratación celebrada a través de medios electrónicos³¹⁰.

En este mismo sentido, el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Bilbao con fecha 1 de Septiembre de 2008, en resolución recaída en autos 401/2008, resaltó la seguridad de que busca estar premunida este tipo de contratación e indicó que *la contratación a distancia es posible gracias a los medios técnicos y la seguridad que la encriptación de datos asegura a las transacciones comerciales, de modo que el comercio electrónico varía la concepción tradicional y la hace evolucionar en beneficio de todos. Del empresario, que amplía sus potenciales mercados sin necesidad de realizar cuantiosas inversiones en sucursales o delegaciones, o sin*

³¹⁰ En el mismo sentido, Javier Plaza Penadés, señala que la disposición Adicional Cuarta de la LSSICE pretende modificar los vigentes artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, para armonizar y unificar sus dispares soluciones. El artículo 29 dispone que los contratos electrónicos se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, salvo aquellos en los que intervenga como parte un consumidor, que se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, abandonando así de modo acertado criterios como el lugar donde se hizo la oferta, contenido en el artículo 1262.2 CC en beneficio de criterios más seguros y fiables para la contratación electrónica". PLAZA PENADÉS, Javier. *Contratación y comercio electrónico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, páginas 439-440

recurrir a la colaboración de otros empresarios. Y del adquirente, que gozan de la facilidad de adquirir en cualquier momento y desde su propio domicilio, con suma facilidad, del bien o servicio que pretende obtener.

En este escenario, y siguiendo a este mismo juzgador, tenemos que al permitir el establecimiento de un prestador de servicios por internet, con su oficina virtual, estamos reconociendo la apertura de un establecimiento al público de forma universal, vale decir, se están prestando servicios en lugares diversos, de manera simultánea, por consiguiente difícilmente se podría determinar como lugar de perfeccionamiento el del establecimiento del prestador del servicio, que expandió sus horizontes al ingresar al medio virtual. Así, la aludida resolución resolvió que *“cuando una empresa, que normalmente actuará como persona jurídica lo que permite citar el art. 51 LEC, ofrece sus servicios en Internet, está abriendo un establecimiento al público de forma universal, aunque virtual. Cualquiera puede acceder desde cualquier terminal de ordenador con conexión a Internet a los productos y servicios que se ofrecen. Obviamente el empresario no exige que la transacción se verifique en su domicilio social, que puede estar situado muy lejos del lugar donde se perfecciona el consentimiento que propicia el nacimiento del contrato. Lo fundamental es que Internet permite que un empresario ofrezca sus productos en todo el mundo, que cualquier cliente puede adquirirlos sin salir siquiera de su casa, abonando el precio correspondiente y percibiendo la contraprestación, bien o servicio, que corresponda. Todo el proceso se perfecciona por la comunicación entre el terminal del comprador o adquirente, casi siempre un consumidor, situado en su propio domicilio, en su centro de trabajo o un espacio público que disponga de esos medios técnicos, y el servidor donde facilita sus servicios la página web del empresario”*. Finalmente el tribunal concluye su razonamiento refiriéndose a la presunción del artículo 29, indicando que *“Sólo es posible comprender la presunción legal admitiendo que la norma presume, en consecuencia, que el empresario oferente tiene sus servicios a disposición del consumidor en el lugar de su residencia. Es decir, que tiene establecimiento abierto al público en aquel lugar, pues de lo contrario difícilmente*

podría decir la ley que el contrato se entiende celebrado en domicilio del consumidor”.

Esta concepción resulta coherente con los principios inspiradores de la normativa española en cuanto se busca custodiar los intereses de los consumidores, sistema de protección que pone de manifiesto la evolución legislativa favorable al fuero del domicilio de aquél.

A modo ilustrativo, se puede señalar el art. 4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, que regula el crédito al consumo (LCC), que *“será competente para el conocimiento de las acciones derivadas de la presente Ley y de los contratos sujetos a ella el Juez del domicilio del consumidor”*³¹¹.

7.- LOS TÍTULOS VALORES INFORMÁTICOS, ELECTRÓNICOS O TELEMÁTICOS

Nos referiremos a esta materia, pues entendemos constituye la base para el posterior estudio de los documentos emanados del contrato de transporte aéreo en un entorno electrónico que realizaremos en el próximo capítulo.

En la estructura tradicional de un título valor, esto es, soporte material o bien mueble y relación obligacional de contenido económico que se representa en el documento, el documento no sólo acredita la existencia y contenido de un derecho, sino que lo constituye y sirve para su transferencia.

A partir de lo anterior podemos señalar, que en su contenido literal estos títulos incorporan o materializan un derecho. Como el derecho se encuentra incorporado,

³¹¹ En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en su auto de 10 de Octubre de 2007 al referirse a la contratación por internet opta por el domicilio de quien acepta la oferta. En el mismo sentido, la Sala en lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en auto de 16 de enero de 2007, lo entiende así en un supuesto en que una persona con domicilio en Vitoria adquiere a través de una web unos teléfonos de una empresa de Portugalete, considerando que es competente el primer de los Juzgados, que se inhibió a Barakaldo, por ser el domicilio del consumidor aceptante de la oferta.

es necesario poseer el documento para ejercerlo, por lo tanto, cualquier transferencia de éste, también conlleva la transferencia del derecho que ahora se ha materializado.

Debemos enfatizar en que el derecho es siempre intangible, por lo que debió idearse una forma de lograr su materialización en un soporte. Este objetivo se logra incorporando tal derecho a un soporte que tradicionalmente será el papel. De ese modo es posible concluir que lo intangible, el derecho, al ser legalmente incorporado al soporte que siempre es material o apreciable por los sentidos, se constituye en un bien tangible, se convierte en “cosa”.

La construcción anteriormente descrita, elaborada, desarrollada y madurada durante el tiempo, permitió agilizar al comercio, dándole un tratamiento de cosas muebles a derechos que no tenían una existencia física y deberemos tenerla presente al momento de analizar el nuevo título de crédito electrónico o desincorporado ya que ésta puede verse revolucionada por una nueva concepción de estos documentos.

La estructura tradicional del título valor se ve afectada con el establecimiento de un nuevo régimen regulatorio de comercio electrónico, en que ya no es necesario un papel para disponer de un derecho sino que bastará una mera representación telemática, produciéndose con ello la desincorporación del título, haciendo que el derecho en el representado pueda circular sólo por medio de una anotación contable.

La desmaterialización o sustitución del soporte papel como soporte de derechos tradicionalmente incorporados en títulos valores se ha manifestado, sobre todo, en dos sectores, por un lado, en los títulos del transporte, y por otro, en relación con los valores mobiliarios negociados en los mercados de valores³¹².

³¹² RECALDE CASTELLS, Andrés, “Electronificación de los títulos–valor”, en *Régimen Jurídico de Internet*, Editorial La Ley, 2002, p. 575. Este autor distingue entre la desmaterialización de los valores mobiliarios, la cual se realiza mediante anotaciones en cuenta; y la desmaterialización de

Este proceso, fue originalmente conocido como “la representación virtual”, mas actualmente es común que se refieran a él con términos tales como “desincorporación” o “desmaterialización”. Sin embargo, estas expresiones sólo son el resultado de un proceso que es precisamente la aplicación de la electrónica a los títulos valor y en la sustitución del soporte material de éstos por otras formas de representación virtuales³¹³.

Sobre estos conceptos es posible distinguir la desmaterialización de los derechos incorporados en el título, de la desmaterialización del soporte físico que contiene el título mediante un cambio en la naturaleza del soporte documental. Ambos casos, se enmarcan dentro de la denominada *electronificación* de los títulos valores (expresión que preferiremos en el desarrollo de esta investigación), radicando la diferencia fundamental entre estas dos situaciones, en el hecho de que en la primera el derecho se desmaterializa o se desincorpora del título sustituyéndose por una serie de anotaciones contables a las que se les aplica un régimen jurídico propio, mientras que en la segunda, lo que se desmaterializa es el título y no el derecho que se mantiene incorporado en aquél a través del soporte electrónico que lo contiene, debiéndose aplicar a estos el régimen propio de los títulos valores con las modificaciones propias de los avances tecnológicos. El régimen de la *desmaterialización* por *desincorporación* es propio de los títulos valores emitidos en masa, mientras que la *desmaterialización* del soporte documental, surge a consecuencia del desarrollo del comercio en internet,

los instrumentos de transporte. En cuanto a la desmaterialización de los instrumentos del transporte según esta doctrina se debe hacer hincapié en que el fenómeno de la desmaterialización adquiere rasgos distintivos en este tipo de documentos. Esto derivado de que no todos ellos son títulos-valor negociables, ya que sólo se satisface esta ‘función representativa’ si el derecho a la restitución de las mercancías se incorpora en el documento, es decir, si no se puede reclamar del transportista la entrega de las mercancías sin la presentación del documento en el lugar de destino”. El autor señala que las funciones tradicionales de prueba de la recepción, de las características de las mercancías y del contrato son cumplidas por los documentos del transporte, sean éstos negociables o no, a lo cual agrega que se entienden superados todos los obstáculos para cambiar el soporte tradicional de papel por uno electrónico, sin embargo, las mayores dificultades parecen presentarse en el caso de los documentos del transporte negociables.

³¹³ RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “Electronificación de los títulos de valor”, ob. cit.p. 570.

aplicable principalmente a los títulos valores, susceptibles de ser usados como medio de pago³¹⁴.

Destacamos la idea de que este proceso, mediante el cual se incorpora la tecnología a los títulos valores, no es más que poner en reversa toda la evolución de la teoría de los títulos de crédito. Esto lo podemos corroborar ya que en un principio los derechos que, como hemos dicho son siempre incorporeales, fueron materializados o incorporados a un soporte material para poder aplicarles el régimen de las cosas muebles, ahora, son objeto de un desincorporación de sus tradicionales soportes para volver a ser incorporeales³¹⁵.

³¹⁴ RICO CARRILLO, Mariliana, *El Tratamiento Electrónico de los Títulos Valores*, op.cit. p. 24 y 25. La autora destaca que se ha hablado indistintamente de “electronificación”, “desmaterialización” y “desincorporación”, señalando además que los dos últimos conceptos han sido tratados como sinónimos. Sin embargo, ella precisa estas acepciones y, a pesar de su uso, estima que no son del todo equivalentes. La Desmaterialización entraña una sustitución del tradicional papel como soporte de los derechos incorporados en los títulos valores. A juicio de la autora, este concepto puede estudiarse desde dos aspectos: la desmaterialización de los derechos incorporados en el título; y, la desmaterialización del soporte físico que contiene el título mediante un cambio en la naturaleza del soporte documental. Para esta doctrina la importancia de la distinción entre ambos tipos de desmaterialización estriba en que existen consecuencias jurídicas distintas entre ambos tipos de desmaterialización. En el primer caso (desincorporación), existe una gran modificación a la estructura de todo título valor ya que el soporte documental es suprimido totalmente, y en su lugar existen anotaciones contables a las cuales deberá aplicárseles un régimen jurídico propio, distinto al aplicable a los títulos-valores tradicionales, existe una real “desnaturalización de su esencia. En cambio, en el segundo caso lo que se desmaterializa es el título y no el derecho que se mantiene incorporado en aquél a través del soporte electrónico que lo contiene. En esta segunda situación sí es posible aplicar la regulación propia de los títulos-valores, naturalmente que con las modificaciones propias de este nuevo entorno electrónico.

Nosotros creemos que como esquema didáctico es adecuado, ya que permite distinguir claramente las dos situaciones que podrían darse, por un lado la aplicación de un sistema de registros para la transferencia de la titularidad de los derechos, y por otra parte, la circulación propiamente tal de un documento electrónico que lleve incorporado en sí un derecho. Sin embargo, a pesar de ser un esquema claro, no concuerda con lo que los otros tratadistas entienden en torno a la desmaterialización o desincorporación, ya que éstos no realizan tal distinción y sólo conciben lo que Rico Carrillo llama “desmaterialización de los derechos incorporados en el título”. Discrepamos a nivel terminológico en relación con esta última idea, precisamente en lo relativo a “desmaterializar un derecho”, ya que, como hemos señalado anteriormente, los derechos son siempre incorporeales, inmateriales (art. 565 CC: “*Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.....Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas*”), por lo tanto, no es posible desmaterializar algo que no está compuesto por materia, entendida ésta en la forma en que es definida en su sentido natural y obvio (para la RAE, materia es: “*Realidad espacial y perceptible por los sentidos, que, con la energía, constituye el mundo físico*”), por lo tanto desatacaremos que nuestro juicio, ambas clasificaciones de la desmaterialización se encuadran dentro del fenómeno denominado *electronificación* de los títulos valores, debido a que la informática ha llevado a una sustitución del soporte de papel por uno electrónico e intangible.

³¹⁵ Todo esto sobre la base de que el título como tal ya no será posible de aprehensión material, ya que como sabemos el mundo de la informática no es totalmente inmaterial. Existe hardware por medio del cual se almacena la información o se transmite de un computador a otro.

En el caso de la *electronificación*, el instrumento técnico determinará en buena medida la normativa que habrá de aplicarse a los derechos que ahora ya no se incorporan al papel ni a ningún otro soporte físico. La instrumentación técnica del sistema de derechos desmaterializados determinará, por tanto, la regulación jurídica del nuevo fenómeno³¹⁶.

Esta idea concuerda con lo ya dicho anteriormente en lo relativo a distinguir el régimen aplicable a este tipo de documentos electrónicos del régimen tradicional, sin embargo, serán los propios procedimientos técnicos que se utilicen los que irán dando fisionomía a la nueva reglamentación jurídica del fenómeno. La teoría de los títulos valores entendida de esta forma y concordada con el principio de la neutralidad tecnológica, permite una evolución de la regulación a la par de las nuevas tecnologías.

La *electronificación* ha sido definida³¹⁷, a propósito del contrato de transporte, como: *“aquél fenómeno económico y jurídico, de creciente e imparable difusión, mediante el que la forma tradicional en papel mecano o autografiado de celebración y documentación del contrato de transporte, así como de representación de las mercancías transportadas durante su ejecución se sustituye en todo o parte por uno o varios mensajes de datos, o intercambios electrónicos de datos (EDI)”*.

Antes de entrar en el análisis de la *electronificación* de los instrumentos del transporte aéreo, que constituye uno de los temas que nos ocupan en la presente investigación, es necesario para nosotros referirnos a la sustitución o cambio del soporte material de los títulos valores en general, ya que como hemos señalado la doctrina chilena estima a todos los documentos del transporte títulos valor, ya sea

³¹⁶ RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, *Electronificación ... op. cit.*, p. 576

³¹⁷ ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, *Los Fundamentos Jurídicos de la Electronificación del Transporte Internacional de Mercancías en la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico*, Madrid, 2006, p.1.

de aquellos representativos de mercadería, como lo sería la carta de porte aéreo, o títulos de legitimación, como en el caso del billete de pasaje o el talón de equipaje.

Aparte del problema que suscita la noción de título valor, los elementos de su estructura y la imposibilidad de incluir dentro del concepto cierto número de títulos que se emplean en la actividad mercantil, se ha planteado desde un tiempo a esta parte la cuestión de que la masificación del número de documentos que se emiten genera dificultades en el manejo de ese enorme volumen y el costo que ello implica.

Gracias al empleo de la informática, se puede lograr que los títulos de crédito emitidos en forma telemática cumplan su función en la circulación, esto es, el traspaso de los derechos en ellos representados, no obstante que el título permanezca inmovilizado o que la transferencia del derecho tenga lugar aún cuando en el caso que el documento mismo se haya emitido.

Lo anterior importa que la conexión permanente o el consorcio indisoluble entre los elementos de un título valor, esto es el sustrato material o documento y la declaración de contenido obligacional o derecho representado en el título, y que le dan origen, deja de ser relevante toda vez que con el empleo de la informática se ha *electronificado* en cuanto se ha omitido el soporte material o documento sobre papel³¹⁸.

El fenómeno de la *electronificación* de los derechos anteriormente incorporados en títulos, se produce porque las características tradicionales de los

³¹⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Teoría General de los títulos de crédito*, ob. cit., p.81. Acerca de la estructura de los títulos de crédito, *vid.* TENA, Felipe de J., *Títulos de Crédito*, Editorial Porrúa, México 1956, p.16 y siguientes. En el origen de la idea de la incorporación del derecho al título valor, se encuentra la teoría de la propiedad alemana para explicar que el propietario de un título valor fuera titular del derecho en el representado, afirmación que puede resultar excesiva, pues el papel sólo es instrumento al que se anudan los efectos legitimatorios propios de la protección a que se vincula la posesión de un bien mueble. RECALDE CASTELLS, Andrés, "Electronificación de los títulos valor", ob. cit., p.571.

títulos valores, lejos de simplificar o agilizar el tráfico de los derechos, producen justamente el efecto contrario, lo que puede deberse ya a la emisión masiva de estos o a ya, a que la circulación material de los documentos resulte más lenta que la de las mercancías que viajan en medios de transporte rapidísimos, que llegan a destino antes que lo haga el título a cuya presentación el porteador condiciona la retirada de tales mercancías ³¹⁹.

Este problema aqueja tanto a los títulos de emisión masiva (acciones de una sociedad de capital, por ejemplo), como a los títulos de emisión individual (los que emanan del contrato de transporte aéreo), donde muchas veces la manipulación de un título de un lado para otro sólo genera dificultades, como que las mercaderías lleguen a destino antes que el documento cuya presentación es necesaria para reclamarlas.

Ahora bien, parece que más que haberse *electronificado* el título de crédito, lo que ha cambiado es el soporte de su creación, de esta forma, mediante el empleo de medios electrónicos, es posible hacer anotaciones que sirven para crear y probar la existencia de un derecho a favor de cierto titular y mediante otra anotación es posible registrar la transferencia del derecho hacia otra persona. De tal manera, el soporte electrónico permite que se puedan registrar los elementos característicos de un derecho como son: el titular, el contenido, la extensión y modalidades del derecho, pudiendo incluirse además una descripción técnica de la operación de adquisición y traspaso de ese derecho.

El reemplazo de la emisión de un título valor por anotaciones en cuenta, es posible gracias a la reutilización del concepto de anotación contable desde el punto de vista jurídico³²⁰. En efecto, si bien en un comienzo la anotación en cuenta se limitaba a acreditar el pago mediante la entrega de dinero o un documento representativo de dinero, hoy en día esta anotación contable tiene un valor propio,

³¹⁹ RECALDE CASTELLS, Andrés, "Electronificación de los títulos valor", ob. cit., p. 576.

³²⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Teoría General de los títulos de crédito*, ob. cit., p.81.

autónomo, que no sólo se limita a registrar la entrega de una cosa o de un título a cambio del pago en dinero de una operación determinada, sino que basta el mero asiento contable para que se produzcan los efectos de los títulos traslaticios de dominio, o sea, la anotación en cuenta se convierte en el registro constitutivo del derecho de que se trate asumiendo la función que desempeña el soporte documental del título de crédito, de tal manera que basta la sola anotación en el registro electrónico de quien emite el documento prescindiendo del documento papel. Es decir, y analizándolo desde la estructura del título valor, la obligación de contenido obligacional se conformará por una anotación en cuenta, sólo que en este caso realizada por medios electrónicos o telemáticos.

La sustitución del soporte papel de los títulos por anotaciones contables hechas mediante el empleo de medios electrónicos, se ha recogido en diversos Ordenamientos Jurídicos, tanto respecto de los títulos masivamente emitidos (acciones de una sociedad anónima), como de los títulos representativos de dinero o efectos de comercio y, por supuesto, a propósito de los documentos que se emplean en el transporte, aunque en este último caso no se funda en la emisión masiva de títulos sino más bien en la utilidad y disminución de tiempo, de documentación y costes que el empleo de las modernas tecnologías usualmente en este sector permiten³²¹.

A pesar de lo enunciado, existen notables diferencias entre los títulos de crédito representados en soporte material y los valores o títulos representados por anotaciones en cuenta informatizadas, en efecto, al producirse la *electronificación* del derecho respecto del título tiene lugar la aplicación respecto de estos documentos, del régimen jurídico tradicional aplicable a los títulos valores.

³²¹ En el caso de las acciones de una sociedad anónima se eliminan los títulos como soporte de la representación de los derechos, justificado por la existencia de una serie de elementos auxiliares, tales como recibos, resguardos, notas, listados, registros que tienen carácter confesorio o informativo. En los efectos de comercio se sigue recurriendo al título como instrumento en que se representan o incorporan los derechos, pero se le inmoviliza y se le sustituye en la circulación por indicaciones o referencias hechas a través de sistemas informáticos con empleo de medios electrónicos, lo que se denomina *truncamiento* del cheque letra de cambio o pagaré en su caso. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Teoría General de los títulos de crédito*, op. cit. p.82.

De tal manera que nos encontramos ante una nueva realidad jurídica de cómo circulan los bienes, materiales o inmateriales, pues la esencia de los valores anotados telemáticamente está formada por derechos de contenido patrimonial y su forma de creación y de traspaso es diferente a las de los títulos tradicionales.

En el Derecho chileno, el primer acercamiento hacia la representación electrónica de los títulos valores, se advierte en la ley n°18.876, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la constitución y operaciones de entidades privadas de depósito y custodia de valores, que permite realizar operaciones de transferencia o de constitución de derechos reales sobre los títulos entregados en depósito y custodia, mediante una comunicación escrita o por medios electrónicos³²².

³²² Ricardo Sandoval López aporta que en Francia, hacia mediados del siglo XX se fundó la Société Interprofessionnelle pour la Compensation des Valeurs Mobilières (SIVOCAM), a la cual se podía entregar en forma facultativa los títulos representativos de los valores mobiliarios. Desde 1984, la entrega de los valores negociables, tanto nominativos, como al portador, a la SIVOCAM fue obligatoria. La idea del título al portador a partir de esa época cambia porque dicho valor es inscrito en cuenta ante un intermediario financiero afiliado a la SICOVAM. El título nominativo es aquel que se inscribe en cuenta ante el sujeto emisor del mismo. Los valores negociables no se emiten sobre un soporte material de papel sino que a entidades emisoras, la SIVOCAM y los afiliados a ésta, abren sus cuentas para cada emisión, anotando el nombre de sus titulares y dejando constancia de los traspasos mediante simples asientos con la ayuda de la informática.

En Alemania, desde 1937 con la dictación de la *Depotgesetz* se autoriza un sistema de títulos que admite su transferencia sin su entrega material. A partir de dicha ley, junto con el régimen tradicional de depósito de títulos con la obligación de restituir los mismos títulos recibidos (*Sonderverwahrung*), se instaura un sistema de depósito de valores de títulos fungibles, es decir, emitidos en blanco, que solo obliga al depositario a devolver títulos de la misma especie y del mismo valor nominal (*Sammelverwahrung*). Al hacer un depósito acumulativo de esta segunda clase. El derecho de propiedad del depositante se convierte en un derecho de copropiedad por cuotas del conjunto de títulos de la misma especie en poder del depositario. El depósito acumulativo de títulos en blanco permita a estas entidades transferirlos a un banco para depósito de títulos (*Wertpapiersammelverwahrung* o *Kassenverein*). En este último caso, las transferencias de títulos se realizan por medio de simples anotaciones contables con las cuentas recíprocas de los bancos, operando una suerte de cámara de compensación de títulos. En el Derecho español encontramos dos textos de derecho objetivo: el Decreto n° 1128/1974, de 25 de abril de 1974, que estableció un sistema de liquidación y compensaciones de operación en bolsa y depósito de valores mobiliarios, sistema de tipo corrector respecto al tradicional manejo del título y el Real Decreto n° 505/1987, de 3 de abril de 1987, que adoptó una solución sustitutiva de los títulos, pero restringida a los valores representativos de la deuda del Estado. Más tarde la ley n°24/1988 de 28 de julio de 1988, admitió en su art. 5°, que los valores negociables pueden ser representados por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos con soporte material de papel. Sobre la base del régimen establecidos en la ley de Mercados y Valores en el Real Decreto n° 116/1992, el derecho español, permite la coexistencia del sistema tradicional, documental, reversible y residual

CAPÍTULO III

EFFECTOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ALGUNOS ASPECTOS DEL TRANSPORTE AÉREO

8.- LOS TÍTULOS DEL TRANSPORTE Y LA *ELECTRONIFICACIÓN*.

8.1.- Presentación del problema

En el seno de la regulación uniforme y en lo que respecta a la regulación específica del transporte, la previsión de la documentación electrónica como alternativa a la tradicional en soporte papel ha tenido hasta el momento muy pocas manifestaciones más allá de las referencias contenidas en el CM para el transporte aéreo, las reglas del “Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo”, más conocido como las Reglas de Rotterdam (RR)³²³ para el transporte marítimo,

de representación de los valores por medio de títulos con soporte material de papel, con el sistema de representación de derechos mediante anotaciones en cuanta, de carácter informático, irreversible y preferido por razones prácticas y de seguridad jurídica. En efecto, la ley española de Mercado de Valores se inclinó claramente a favor de la representación de los valores mobiliarios mediante anotaciones contables (representación tabular), frente a los títulos de soporte documental en papel (representación cartular). Esta preferencia se debe al carácter irreversible de la representación de los valores por medio de anotaciones, en cuanto a que una vez elegida esta forma de incorporación, no podrá volverse a la representación de los mismos mediante títulos de soporte material en papel y, además, porque la representación tabular es indispensable para el acceso de los valores a la negociación bursátil. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Teoría General de los títulos de crédito*, op. cit. p. 82 a 84.

³²³ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 11 de Diciembre de 2008

y el Protocolo Adicional al transporte por carretera (CMR)³²⁴, relativo a la carta de porte electrónica, para el transporte terrestre³²⁵.

Nos ocuparemos de presentar un cuadro general acerca de como los documentos del transporte han ido evolucionando desde su soporte tradicional en formato papel hacia su materialización en un soporte binario.

A este efecto, analizaremos en primer lugar los aportes de UNCITRAL, para después centrarnos en la realidad propia de la documentación del transporte aéreo de pasajeros y de mercaderías

8.2.- La *electronificación* del transporte en la LMUCE³²⁶

Los últimos preceptos de la LMUCE están destinados de manera específica a la *electronificación* del transporte, en efecto, los arts. 16³²⁷ y 17³²⁸ del citado

³²⁴ Al cual España se adhirió mediante Instrumento de 29 de abril (BOE n° 141, de 14 de junio).

³²⁵ MARTÍN CASTRO, María, Novedades en torno a la documentación el contrato de transporte en la Reglas de Rotterdam, en *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, 2013, p.275

³²⁶ Sobre este epígrafe, véase, ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, “Los Fundamentos Jurídicos de la *Electronificación del Transporte Internacional...*”, op. cit., p.3.

³²⁷ Artículo 16 LMUCE. — *Actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías. Sin perjuicio de lo dispuesto en la parte I de la presente Ley, el presente capítulo será aplicable a cualquiera de los siguientes actos que guarde relación con un contrato de transporte de mercancías, o con su cumplimiento, sin que la lista sea exhaustiva: a) i) indicación de las marcas, el número, la cantidad o el peso de las mercancías; ii) declaración de la índole o el valor de las mercancías; iii) emisión de un recibo por las mercancías; iv) confirmación de haberse completado la carga de las mercancías; b) i) notificación a alguna persona de las cláusulas y condiciones del contrato; ii) comunicación de instrucciones al portador; c) i) reclamación de la entrega de las mercancías; ii) autorización para proceder a la entrega de las mercancías; iii) notificación de la pérdida de las mercancías o de los daños que hayan sufrido; d) cualquier otra notificación o declaración relativas al cumplimiento del contrato; e) promesa de hacer entrega de las mercancías a la persona designada o a una persona autorizada para reclamar esa entrega; f) concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías; g) adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato.*

³²⁸ Art 17 LMUCE. — *Documentos de transporte 1) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3), en los casos en que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el artículo 16 se lleve a cabo por escrito o mediante un documento que conste de papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se lleve a cabo por medio de uno o más mensajes de datos. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no se lleve a cabo el acto por escrito o mediante un documento. 3) Cuando se conceda algún derecho a una persona determinada y a ninguna otra, o ésta adquiera alguna obligación, y la ley requiera que, para que ese acto surta*

cuerpo legal, componen la segunda parte de la LMUCE titulada “*Comercio electrónico en materias específicas*”. El art. 16 se titula “*actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías*” y el art. 17 “*documentos de transporte*”.

Se ha sistematizado el estudio de este epígrafe de la LMUCE³²⁹, señalando que se trata de un capítulo único que afronta la delimitación de los actos relacionados con los contratos de transporte internacional de mercaderías susceptibles de *electronificación*. En un segundo orden, el capítulo establece una disciplina de la documentación del transporte y de la sustitución de la documentación en papel por la documentación electrónica, para finalmente afrontar el problema de la alternancia, a lo largo del tracto contractual, de la documentación con soporte material y de la documentación electrónica.

Lo anterior significa abordar el problema de la negociabilidad o transferibilidad de los derechos sobre la cosa transportada o sobre el propio contrato cuando se ha pactado y documentado mediante mensaje de datos. Ello implica necesariamente resolver el tema de la incorporación del mensaje de datos sobre cláusulas o condiciones generales de la contratación en el documento, determinar el régimen de responsabilidad para el caso de que se produzcan errores en la

efecto, el derecho o la obligación hayan de transferirse a esa persona mediante el envío, o la utilización, de un documento, ese requisito quedará satisfecho si el derecho o la obligación se transfiere mediante la utilización de uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos. 4) Para los fines del párrafo 3), el nivel de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se transfirió el derecho o la obligación y de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 5) Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes. 6) Cuando se aplique obligatoriamente una norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías que esté consignado, o del que se haya dejado constancia, en un documento, esa norma no dejará de aplicarse a un contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes de datos por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en un documento. 7) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

³²⁹ ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, “Los Fundamentos Jurídicos de la Electronificación.....”, op. cit., p.3.

transmisión del mensaje o averías en los sistemas de transmisión, y, por último, garantizar la confidencialidad de los mensajes y de los sistemas de información utilizados por los implicados en la circulación del mensaje de datos.

El art. 16 LMUCE es de carácter ilustrativo y señala vía ejemplar, un conjunto de actos relacionados con algún tipo de contrato de transporte de mercancías, aunque más íntimamente relacionados con el transporte marítimo. Los apartados f) y g), relacionados con el art. 17, permiten operar en el comercio internacional de mercancías a través de un documento electrónico, por constituir el equivalente funcional del documento de transporte tradicional o en soporte papel.

Ambas disposiciones dan cabida explícita a la posibilidad de utilizar las herramientas que proporciona el comercio electrónico en el transporte de mercancías.

8.3.- Los documentos del transporte aéreo *electronificados*

8.3.1.- Consideraciones generales

Sin perjuicio de que como se indicará en el desarrollo de este apartado, la industria aeronáutica ha avanzado decididamente hacia la desmaterialización de la gran mayoría de los documentos que se emiten a propósito del transporte aéreo de personas o de mercaderías.

Centraremos el objeto de nuestro estudio en el billete electrónico, la tarjeta de embarque y la carta de porte aéreo *electronificados*, atendida la importancia que estos documentos representan para el vínculo contractual a la hora de probar su celebración y exigir los derechos de los intervinientes.

8.3.2.- El billete de pasaje aéreo electrónico

8.3.2.1.- Contenido y aspectos generales del *e-ticket*

Una de las manifestaciones más afianzadas de la aplicación de las nuevas tecnologías en el transporte aéreo es el billete electrónico o *electronic-ticketing* (*e-ticket*). A tal punto llegó este desarrollo que en el caso chileno desde junio de 2008 la aerolínea LAN, el principal operador nacional de transporte aéreo de carga y pasajeros en Chile, adoptó la política de realizar el 100% de sus emisiones de billetes de pasajes vía electrónica, aplicando este modelo en todos los mercados y en todos sus canales de venta.

Esto como consecuencia del acuerdo alcanzado en la 60ª junta anual de la IATA, realizada en Singapur en 2004, en orden a eliminar por completo los billetes de papel antes de finales de 2007 y en un 70% antes de que terminara el año 2006³³⁰.

El contenido del *e-ticket* es el mismo que el de un pasaje tradicional, la diferencia radica en que no se instrumentaliza en un papel, sino que se almacena en la base de datos de la aerolínea. El pasajero, si bien recibe una constancia de su pago y una descripción de su itinerario, le basta para embarcarse con exhibir su cédula de identidad (DNI) o pasaporte.

Múltiples son las ventajas del billete electrónico. Líneas aéreas, agencias de viajes y pasajeros se ven beneficiados en diversos sentidos con esta moderna modalidad, generándose un círculo virtuoso generalmente aplaudido sin objeción alguna. Así, las empresas aéreas, en la búsqueda de reducción de costos³³¹, comercializan los pasajes aéreos muchas veces en forma directa con los

³³⁰ http://www.lan.com/gc/asociados/procedimientos/ultimas/unoticias/cuerpo_proc, visita del 24/01/2012.

³³¹ Se ha estimado que la utilización del billete electrónico supone un coste de aproximadamente U\$2 por cada billete frente a los U\$9 que requiere la emisión de billetes en forma tradicional. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; "Nuevas Tendencias.....", op. cit.p.18. Otras estimaciones hablan de un ahorro de U\$3.000 millones al año. PRESTO DE GONZÁLEZ, Alicia; GAGGERO MONTANER, Marta, "Reflexiones Acerca del Billete Electrónico", AAVV, *Liber Amicorum en Honor al Dr. Enrique Mapelli López*, (FOLCHI, Mario, coord.), ALADA, Buenos Aires, 2007, p. 248.

pasajeros, prescindiendo de las agencias de viajes y/o reduciendo el pago de las comisiones a éstas. Se busca alentar a los pasajeros aéreos a reservar y pagar por medio de internet, generalizando consiguientemente el uso del billete electrónico, reforzando su confianza en la contratación por medios telemáticos³³².

Para los pasajeros presenta ventajas prácticas, como no estar expuesto a los riesgos de pérdida robo u olvido, además de beneficiarse normalmente de algún descuento adicional promocionado por las compañías aéreas que usualmente ofrecen tarifas más convenientes en las compras por internet³³³.

Se destacó además desde su origen el beneficio ecológico que traería aparejado su uso, ya que su introducción reduciría el consumo de papel necesario para la fabricación de los más de 350 millones de billetes físicos que según la IATA se emitían en el mundo cada año hacia finales de 2006.

8.3.2.2.- Origen y desarrollo del e-ticket

Uno de los factores que impulsó la implementación del billete electrónico fue la continua búsqueda de las líneas aéreas de canales alternativos de distribución que contribuyesen a reducir la pesada carga de los costos fijos que soportaban, a raíz de la crisis en que se encontraban, principalmente por alza en el precio del petróleo, provocada por el conflicto bélico que afectó a Kuwait a principio de la década de los noventa.

Como consecuencia del conflicto, el costo del combustible de aviación (JP1) se incrementó exponencialmente en ese tiempo, lo que envolvió a las compañías aéreas en una verdadera guerra por reducir los costos del sector, y generó la

³³² Vid. ALVARADO HERRERA, Lucía, "La Autorregulación en la Publicidad Realizada por Medios Electrónicos: Algunas Reflexiones Sobre Confianza *On Line*", en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 475 a 488.

³³³ En tal sentido, GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "Nuevas Tendencias.....", op. cit., p.18, 19.

necesidad de implementar nuevos procesos que pudiesen brindar una mejor competitividad en su gestión³³⁴.

El billete electrónico aparece en el mercado en el año 1995 a partir de un proyecto impulsado por la compañía británica British Midland y una filial de SITA, que buscaba reducir los gastos de distribución y se planteaba vender los billetes directamente a los pasajeros, ahorrando la comisión a las agencias de viajes.

La primera página web de venta de billetes por internet se abrió el 11 de diciembre de 1995. A los diez años de la apertura del sistema, cerca de 400 millones de pasajeros ya utilizaban la red para la compra de sus pasajes, lo que fue sólo el primer paso hacia una utilización masiva y promovida por la industria y recibida con conformidad por los pasajeros. De hecho, diversos estudios demuestran que los billetes de avión son de los productos más requeridos en las compras *on line* y que las dos terceras partes de los servicios turísticos de *internet* corresponden a la venta de billetes de avión³³⁵.

Desde el punto de vista jurídico, el primer instrumento que admitió otras formas de emisión del billete de pasaje que no fuera la clásica en soporte material de papel fue el Protocolo de Guatemala de 1971(PG71). Dados los adelantos tecnológicos existentes al momento de la adopción de este instrumento, las formas que se previeron fueron el fax o el télex. Casi 30 años después de haberse

³³⁴ PIERA, Alejandro José; LUONGO, Norberto Ezequiel, “El billete electrónico en el transporte aéreo internacional de pasajeros. Antecedentes, aspectos, prácticos y cuestiones jurídicas”, AAVV, *ALADA en Punta del Este, XXXas. y XXXIIIas. Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial* (FOLCHI, Mario, dir.), ALADA, 2009, p.306.

³³⁵ MORILLAS JARILLO, María José, “La Contratación Electrónica en el Transporte Aéreo”, op. cit. p.160, 161; MIGUEL, Alicia N., “El Billete Electrónico”, AAVV, *Liber Amicorum en Honor al Dr. Enrique Mapelli López* (Mario Folchi, coord.), ALADA, Buenos Aires, 2007, p.160,161

dictado el PG71, el CM en el art. 3.2 recogió la misma fórmula³³⁶, pero referido implícitamente a la contratación informatizada³³⁷.

Sin perjuicio de tal habilitante normativo, hay quienes creen que no fue sino hasta dictarse el CM que se sentaron las bases jurídicas del billete electrónico, ya que se transformó en un instrumento único, distinto de los que conformaban el Sistema de Varsovia, y superador de éste. Al otorgarle el CM estatus legal a una práctica ya bastante común, cual era la de emitir el llamado e-ticket o billete de pasaje electrónico, lo que hizo fue poner al Sistema jurídico a la altura de los actuales desarrollos tecnológicos y derivar de ello grandes beneficios a través de menores costos y mayor celeridad y seguridad en las operaciones, de todo lo cual obtienen provecho tanto pasajeros como transportistas³³⁸.

No obstante su reconocimiento y consagración en los textos legales, no se puede desconocer la importancia que en el desarrollo de la contratación electrónica del transporte aéreo, y particularmente en la posibilidad de la emisión de los billetes de pasajes por medios telemáticos han tenido los Sistemas Informatizados de Reserva (SIR)³³⁹, puesto que en la actualidad se hace

³³⁶ Art. 3.2 CM.- *“Cualquier otro medio en que quede constancia de la información señalada en el párrafo 1° podrá sustituir a la expedición del documento mencionado en dicho párrafo. Si se utilizase uno de esos medios, el transportista ofrecerá al pasajero expedir una declaración escrita de la información conservada por esos medios”.*

³³⁷ CAPALDO, Griselda D., “El Transporte Aéreo en la Sociedad de la Información”, , AAVV, *Homenaje a Miembros Eminentes. Instituto Iberoamericano del Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial*, Madrid, 2006, p.85.

³³⁸ PIERA, Alejandro José; LUONGO, Norberto Ezequiel, “El billete electrónico en el transporte aéreo internacional de pasajeros...”, op. cit. p, 309.

³³⁹ En ingles se les denomina *Computerized Reservations Systems (CIRs)*. Sin perjuicio del tratamiento de que serán objeto en el presente trabajo (*vid. infra* 11.1 de este trabajo), adelantamos que en la actualidad, en el continente europeo la discusión en torno a los SIR está centrada hacia la desregulación de los mismos como una forma de dinamizar el sistema con el objeto de incentivar la competitividad entre los intervinientes del mercado y permitir el ingreso a nuevos actores en las mismas condiciones que los actuales, lo que se espera redunde en un mercado que presente las condiciones adecuadas de competitividad. PETIT LAVALL, María Victoria, *“Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*, Biblioteca Jurídica Cuatro Casas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

impensable controlar el gran volumen del transporte aéreo sin el uso de la informática.

En los inicios de la industria del transporte aéreo, para efectuar una reserva los empleados de las agencias de viajes tenían que consultar las guías oficiales de las aerolíneas donde se recogía la información acerca de los vuelos programados y de sus tarifas. Una vez seleccionada la información relevante, conforme a la necesidades manifestadas por el viajero, tenían que llamar por teléfono a la aerolínea correspondiente para tener certeza acerca de los datos consultados, ya que la actualización de las indicadas guías se realizaba de forma periódica y lógicamente los datos en ellas recogidos podían haber sufrido alteraciones que en el momento en que se quería efectuar la reserva todavía no se hubiesen plasmado en la guía. El procedimiento finalizaba mediante la expedición del billete por parte de la agencia, para lo cual el empleado de ésta tenía que completar los datos precisos en el impreso correspondiente³⁴⁰.

Con la aparición de los SIR, la forma de como emite el billete de pasaje comenzó a operar de la siguiente manera³⁴¹. Primero, para poder generar un e-ticket, la compañía aérea necesita tener habilitado el sistema de emisión electrónica de billetes. Cada compañía aérea debe desarrollar su implantación de manera individual, lo que dependerá del SIR que se utilice. La incorporación de la aerolínea requiere de un desarrollo en el sistema de emisión de tickets electrónicos del SIR y en el propio de la compañía.

En un segundo momento se autoriza a las agencias, debiendo la línea aérea autorizar a cada una de ellas, para emitir el billete electrónico en su nombre, mediante comunicación al SIR, quien dará de alta la placa de la compañía para la

³⁴⁰ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "Los Sistemas Informatizados de Reserva: La aplicación del Derecho de la Competencia al Mercado Liberalizado del Transporte Aéreo" [*Estudios de Derecho de la competencia*](#) / (PINO ABAD, Manuel; FONT GALÁN Juan Ignacio, coord.), 2005, p.2.

³⁴¹ MORILLAS JARILLO, María José, "La Contratación Electrónica en el Transporte Aéreo", op.cit., p163

agencia IATA designada. Es cada compañía aérea la que determina las condiciones específicas para la emisión electrónica. IATA facilita a las agencias autorizadas una determinada cantidad de billetes neutros, que van siendo atribuidos a una u otra aerolínea conforme se vayan adquiriendo. Las agencias venden los billetes y el SIR envía directamente a la compañía aérea en el momento de la emisión, los cupones electrónicos de vuelo (la emisión del billete no implica la impresión del cupón de vuelo).

Una vez recibido, la compañía aérea acepta el billete y esa información se almacena en sus sistemas de *check-in*. El pasajero que adquiere un billete electrónico debe proveerse de la tarjeta de embarque³⁴² y al momento de tomar el vuelo necesita identificarse mediante documento oficial que acredite su identidad.

8.3.2.3.- Consecuencias jurídicas derivadas del empleo del billete electrónico

Como principio general se debe señalar que la emisión del billete de pasaje en forma electrónica se trata de una alternativa perfectamente válida a la hora de celebrar un contrato de transporte aéreo, que como ya hemos establecido, no exige ningún tipo de formalidades en su celebración, en efecto, el hecho de que se sustituya su soporte material en papel por un soporte electrónico no supone en caso alguno que este documento vaya a sufrir alteración en cuanto a las funciones tradicionales que le son asignadas³⁴³.

De esta forma, el billete de pasaje no obstante su *electronificación*, conserva su naturaleza de un documento privado, título de legitimación que hace fe de la existencia o de la celebración y de las condiciones o contenido del contrato³⁴⁴, sin que ello importe que sea una formalidad esencial del contrato, admitiéndose

³⁴² Vid. 8.3.3 de este trabajo

³⁴³ Vid 4.1 de este trabajo

³⁴⁴ Los avances tecnológicos modifican tan sólo los elementos que integran el supuesto de hecho legitimante, permaneciendo la construcción dogmática de la función legitimatoria de los títulos de crédito. PÉREZ MILLAN, David, "El billete de pasaje aéreo...", op. cit., p. 239 *Mercantil*, n° 236, año 2007, p. 245

cualquier otro medio de prueba que permita acreditar la existencia, validez y condiciones del contrato. Lo anterior no es sino consecuencia de la aplicación directa en esta materia del ya estudiado principio de la equivalencia funcional.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Derecho uniforme en los art. 3.1 e)³⁴⁵ y 3.2³⁴⁶ del CV, (modificado por el PH de 1955), exige que a través del billete de pasaje el pasajero sea advertido de que la responsabilidad de transportador está cuantitativamente limitada en caso de daños a las personas o cosas transportadas. Esta exigencia pervive en el CM, puesto que el art 3.4³⁴⁷ hace mención de un aviso escrito que recibirá el pasajero acerca de la posible aplicación de la Convención al contrato que ha celebrado.

El problema surge porque la idea del aviso del CV suponía la existencia de un billete de pasaje en soporte papel en que este aviso fuera inserto, mientras que nada aclara el CM, atendida la posibilidad de la *electronificación* del billete de pasaje que se encuentra implícita en el art. 3.2 de esta última convención.

Además las disposiciones del CM sobre esta materia podrían resultar insuficientes en materia de protección al usuario por cuanto se limitarían, en primer lugar, a asegurar el conocimiento por parte del pasajero de la ley aplicable al contrato dejando para las legislaciones internas de cada Estado la reglamentación de las indicaciones obligatorias en el billete de pasaje, sea éste de papel o electrónico.

³⁴⁵ Art. 3º.1 CV.- *“En el transporte de viajeros el porteador está obligado a expedir un billete de pasaje, que deberá contener las indicaciones siguientes: e) Indicación de que el transporte está sometido al régimen de responsabilidad establecido por el presente Convenio”*

³⁴⁶ Ar. 3.2 CV.- *“La falta, irregularidad o pérdida del billete no afectará ni a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que no dejará por ello de estar sometido a las reglas del presente Convenio. Sin embargo, si el porteador admite al viajero, sin que se le haya expedido un billete de pasaje, no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones de este Convenio que excluyan o limiten su responsabilidad”.*

³⁴⁷ Art. 3.4 CM.- *“Al pasajero se le entregará un aviso escrito indicando que cuando sea aplicable el presente convenio, éste regirá la responsabilidad del transportista por muerte o lesiones, y por destrucción, pérdida o avería del equipaje, y por retraso”.*

El asunto puede adquirir especial importancia en el caso chileno en que no existe una legislación específica sobre condiciones generales de la contratación, debiéndose aplicar la norma del art. 1545 del CC³⁴⁸. Además, en el CM no se determinan cuales son los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes, ni se establecen las diversas condiciones generales del transporte de pasajeros³⁴⁹.

De lo que no cabe duda alguna es de que el envío de este aviso constituye una exigencia ineludible para el transportista quedando a su elección el modo de hacerlo efectivo³⁵⁰ y que ese modo debe ser eficaz en cuanto al aviso de advertencia al pasajero, debiendo realizarse por escrito³⁵¹.

El problema que se plantea entonces es si dicho aviso, que satisface los requisitos sustantivos exigidos por el Derecho internacional, puede ser notificado al pasajero por medios distintos al representado por el soporte papel³⁵².

En el Derecho chileno la respuesta la debemos ir a buscar encontramos en el art 3° LFE, que consagra la equivalencia funcional³⁵³. El tenor de esta disposición

³⁴⁸ Art. 1545 CC.- *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales”.*

³⁴⁹ NATIELLO, Orlando, “El billete electrónico: regulación jurídica de un avance tecnológico”, AAVV, ALADA en Punta del Este, XXXas. y XXXIIIas. Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, (FOLCHI, Mario, coord.) ALADA, 2009, p.338.

³⁵⁰ El CM habla de “entregará” sin que de la redacción se pueda inferir que se establece una forma facultativa.

³⁵¹ CAPALDO, Griselda D., “El Transporte Aéreo en la Sociedad de la Información”, op. cit., p. 103.

³⁵² En tal sentido GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “Nuevas Tendencias...”, op. cit., p.18 y 19; CAPALDO, Griselda D., “El Transporte Aéreo en la Sociedad de la Información”, op. cit., p. 103.

³⁵³ Art. 3° ley 19.799.- *“Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”.*

“Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes: a) aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico; b) aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y c) aquellos relativos al derecho de familia.

La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”.

es claro, si el aviso exigido por el art. 3.4 del CM constara en documento suscrito por medio de firma electrónica, se debe considerar válido.

En Derecho comparado, por ejemplo en el Ordenamiento español, se arriba a la misma solución según lo previsto en el art. 23.3 de la LSSICE (BOE de 12 de julio de 2002), según el cual si un contrato o la información del mismo se contiene en un soporte electrónico, satisface lo mismo que si la ley exige que ese contrato o cualquier información a él referida deba constar por escrito, lo que guarda relación con lo previsto en el resto de los países de la Unión Europea, que traspusieron en su momento el art. 9° de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior³⁵⁴.

En los Estados Unidos, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) ha desarrollado la “*envelope theory*”, según la cual cuando en una venta electrónica por internet se incluye un hipervínculo externo, la información a la que se acceda a través del mismo una vez que se ha clicado sobre él, forma junto al documento original, un único envío de documento. Luego, de acuerdo a esta teoría, se puede considerar que el billete electrónico contiene el aviso exigido por el CV y por el CM aún cuando el *e-ticket* sólo incluya un hipervínculo que remita a la página *web* donde se encuentra la información exigida³⁵⁵.

Otro problema que se genera con la utilización del *e-ticket* se refiere a la posibilidad de transferir el billete de pasaje, y sobre el cual ya tuvimos oportunidad de pronunciarnos³⁵⁶. Sin perjuicio de lo anterior debemos indicar que a este respecto adherimos a la doctrina que considera que la *electronificación* de este documento no ha de influir en orden a aceptarla o rechazarla, pues tal como señalamos al analizar la naturaleza del billete de pasaje, el Ordenamiento chileno,

³⁵⁴ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “Nuevas Tendencias...”, op. cit. p.23.

³⁵⁵ CAPALDO, Griselda D., “El Transporte Aéreo en la Sociedad de la Información”, op. cit. p. 105.

³⁵⁶ Vid. *supra* 4.2

no regula ni niega tal posibilidad, sin perjuicio de que como indicáramos, la práctica de las compañías sea negar la posibilidad de transferirlo.

8.3.3.- La tarjeta de embarque electrónica

Como ya hemos indicado³⁵⁷ la tarjeta de embarque constituye uno de los documentos emanados del contrato de transporte aéreo de personas y cumple una función de legitimación para aquel pasajero que se dispone a abordar un avión, a la vez que permite a la aerolínea tener certeza acerca de las personas que efectivamente realizarán un determinado viaje programado anticipadamente.

Si bien en un primer momento los esfuerzos de la industria estuvieron orientados a lograr la desmaterialización del billete de pasaje, la IATA anunció en diciembre de 2010³⁵⁸ que se había alcanzado la finalización de la implementación de la tarjeta de embarque electrónica mediante la adopción de un sistema de embarque de código de barras 2D (BCBP) que venía a sustituir al anterior embarque de banda magnética, mucho más caro y menos eficiente³⁵⁹.

Gracias a esta iniciativa, sancionada por la Resolución IATA n°792³⁶⁰, se logró ofrecer a los pasajeros una mayor elección pues a partir de su implementación se generalizó la posibilidad de hacer el *check-in* desde su casa, en las máquinas auto *check-in* de los aeropuertos o a través del teléfono móvil.

³⁵⁷ Vid. *supra* 4.3

³⁵⁸ <http://www.iata.org/pressroom/pr/Documents/Spanish-PR-2010-12-15-01.pdf>, visita del 16 de febrero de 2015.

³⁵⁹ Las tarjetas de embarque de banda magnética requieren la instalación de impresoras muy caras en los aeropuertos, en el mostrador de facturación o dentro de las máquinas de auto check-in, y, además, obliga a los pasajeros a adquirir sus tarjetas de embarque en uno de esos puntos. Requiriendo además, un único y caro tipo de papel. Según IATA al año 2010, las aerolíneas emitían más de 2.000 millones de tarjetas de embarque cada año. El cambio a las nuevas tarjetas con el sistema BCBP2D suponía al momento de lanzarse en el año 2010 un trabajo de cinco años de duración que ahorraría a la industria unos 1.500 millones de dólares.

³⁶⁰ Disponible en <http://www.iata.org/whatwedo/stb/Documents/resolution792-june2010.pdf>

La operación consiste en la emisión de una tarjeta de embarque en soporte electrónico que reemplaza a la tarjeta de embarque tradicional de papel a la hora de hacer el *check-in* en línea o desde un dispositivo móvil. Una vez que el pasajero recibe y descarga la tarjeta de embarque electrónica, puede ir directamente al área de seguridad sin que sea necesario hacer el *check-in* nuevamente en el aeropuerto para el caso que no facture equipaje. Lo anterior lo debemos entender sin perjuicio de la posibilidad de que el pasajero la imprima en casa.

Los últimos años se ha producido la masificación del chequeo *on line* en dispositivos móviles o mediante aplicaciones electrónicas que las aerolíneas ponen a disposición de los pasajeros lo que ha implicado alcanzar la desmaterialización absoluta de este documento. En efecto, al llegar al punto de control de seguridad o a la puerta de embarque, el pasajero sólo debe procurar que la imagen de binaria de códigos de barras, identificadora de la tarjeta de embarque, aparezca en la pantalla de su dispositivo.

No obstante lo anterior algunas compañías³⁶¹, previenen que no es válido presentar la tarjeta de embarque regular en formato PDF desde un celular, ya que la única tarjeta de embarque electrónica válida que se puede presentar desde un dispositivo móvil, es la que contiene el código *Aztec* (similar a un código QR con código de barras). Además se han producido problemas por la obligación contenida en las condiciones generales de algunas compañías de llevar impresa la tarjeta de embarque al momento de abordar el avión³⁶².

Además de la desmaterialización de la tarjeta de embarque, y a fin de mejorar los sistemas de embarque, algunas compañías (americanas principalmente), han explorado y aplicado exitosamente otras alternativas como la

³⁶¹ Como LAN por ejemplo, http://www.lan.com/es_cl/sitio_personas/reservas-y-servicios/tarjeta-de-embarque-electronica/

³⁶² *Vid. Infra* 9.2 de este trabajo

implementación de sistemas pre-chequeo electrónico (Trusted Traveler Programs, como por ejemplo, Global Entry)³⁶³, mucho más mucho más expedito el embarque tradicional de pasajeros, reduciendo las colas que se forman al momento de pasar las barreras de seguridad. Este método se comenzó a utilizar en el año 2011 y progresivamente se ha ido incorporando por diversas aerolíneas. Se ocupa una técnica de “manejo inclusivo”, una estrategia de selección que diferencia entre pasajeros frecuentes, y otros no registrados. A los pasajeros frecuentes se les asigna un número de pasajero frecuente o conocido, “*Known Traveler Number o KTN*” a través de un programa de pre chequeo, que facilita su entrada a la zona de control.

8.3.4- La carta de porte aérea electrónica (e-AWB)

8.3.4.1.- Consideraciones generales

La realidad indica que el contrato de transporte de mercancías es una convención compleja, particularmente en el caso del transporte aéreo donde son cerca de cuarenta los documentos en papel que se requieren por envío, lo que se traduce en un volumen de cerca 25 millones de toneladas de papel producidas en todo el mundo bajo las operaciones que requieren el transporte aéreo de las mercancías. De hecho, sólo los costes administrativos que la emisión de estos documentos genera se calcula que puede alcanzar un estimado de U\$1200 millones al año³⁶⁴.

Parece constatar, en virtud del principio de la equivalencia funcional, que la documentación electrónica puede, en general, cumplir todas las funciones de la documentación sobre papel con idéntico nivel de seguridad y, en la mayoría de los casos, con un mayor grado de fiabilidad y una mayor celeridad especialmente en

³⁶³ As PreCheck Hits Its Stride, TSA Dials Back on Randoms in the Fast Lane, <http://skift.com/2015/04/10/as-precheck-hits-its-stride-tsa-dials-back-on-randoms-in-the-fast-lane/>, visita del 15 de abril de 2015.

³⁶⁴ ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, “Electronificación de Instrumentos de Transporte Aéreo de Mercancías...”, op. cit., p3.

lo relativo a la identificación de la fuente y al del contenido de los datos, con tal que se cumpla con determinados requisitos jurídicos y técnicos.

Sin embargo, un documento electrónico no puede ser en sí considerado como un equivalente absoluto de un documento en papel ya que se trata de documentos de naturaleza distinta y que no presentan necesariamente todas las funciones atribuibles a un documento en soporte tradicional, por lo que habrá que ir un a una constatando si existe tal posibilidad

Por lo anterior, es recomendable adoptar un criterio flexible basándose en la diversidad de los requisitos actualmente exigibles a la documentación en papel, con respecto a la cual se exigen, según las circunstancias determinados grados de fiabilidad o inalterabilidad. No se trata por tanto de establecer una simetría absoluta entre papel y medio electrónico, sino una equivalencia entre las funciones que uno y otro debe cumplir³⁶⁵.

De ahí que sea necesario determinar el alcance de la *electronificación* del AWB, cuales son los problemas asociados a esta sustitución de soportes tradicionales por soportes informatizados, pero sobre todo, analizar si la adopción de una carta de porte electrónica implica que este documento realice las mismas funciones que su símil tradicional, o por el contrario, si este proceso implica variaciones sustanciales en la naturaleza de este instrumento que modifiquen su esencia material.

El fundamento legal de la *electronificación* del AWB lo encontramos en el Protocolo de Montreal n°4, que modificó en su momento al CV en orden a admitir, la utilización de un medio distinto del papel para dejar constancia de la información

³⁶⁵ En tal sentido, MADRID PARRA, Agustín, "Regulación Uniforme de Uncitral del Uso de Medios Electrónicos en Relación con los Contratos de Transporte de Mercancías", en AAVV, Derecho Uniforme del Transporte Internacional, Cuestiones de Actualidad (Agustín Madrid Parra, coord.), Mc. Graw Hill, Madrid, 1998, p. 88 y 89.

relativa al transporte, pero condicionándolo a la aceptación por parte del expedidor.

Esta condición desaparece en el CM³⁶⁶, en efecto, el CM en su art. 4.2 dispone que: *“cualquier otro medio en que quede constancia del transporte que deba efectuarse podrá sustituir a la expedición de la carta de porte aéreo. Si se utilizasen otros medios, el transportista entregará al expedidor, si así lo solicitara este último, un recibo de carga que permita la identificación del envío y el acceso a la información de la que quedó constancia conservada por esos medios”*.

8.3.4.2.- Naturaleza jurídica del e-AWB

Al igual que lo señalado a propósito de la *electronificación* del billete de pasaje, debemos concluir que la sustitución del AWB en soporte tradicional de papel por uno electrónico, no debiera modificar la naturaleza jurídica de este documento.

Luego, aún cuando la carta de porte aéreo se emita en forma telemática, seguirá siendo documento privado que hace fe de la existencia, contenido y condiciones del contrato de transporte aéreo de mercancías según lo determinan los arts. 139 CA, 11.1 CV (modificado por el PH de 1955) y 11.1° y 11.2° del CM.

Ello es así porque ninguna norma le otorga, a su emisión y a su contenido el rango de solemnidad del contrato de transporte aéreo de mercancías, puesto que el art. 139 del CA admite prueba en contrario a lo señalado en la carta de porte aéreo. Tampoco se trata de una formalidad por vía de prueba que requiera el contrato, puesto que al ser un contrato consensual es permitido acreditar su existencia o contenidos por otro medio probatorio según lo señalado en los

³⁶⁶ A pesar del inconveniente que podía representar en el CV, la negativa del expedidor para la extensión y consolidación de esta nueva forma de documentación, ya en aquel momento se afirmaba que «la imposibilidad de utilizar, en los puntos de tránsito y de destino, los otros medios, que permiten constatar las informaciones relativas al transporte, mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, no dará derecho al transportista a rehusar la aceptación de las mercancías que deben transportarse. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad”, op. cit. p.204.

referidos arts. 5.1 CV y 4.2 CM. De tal forma, que las funciones de este documento en cuanto a su valor como prueba del contrato de transporte aéreo y sus condiciones y comprobante de entrega de las mercaderías no se ven alteradas por su *electronificación*.

El fundamento jurídico de lo anterior, al igual que en el caso del *e-ticket*, es consecuencia de la aceptación en el Derecho chileno del *principio de la equivalencia funcional* en virtud de lo dispuesto en la LFE, aún cuando a la misma conclusión arribaríamos si aplicásemos por la vía de lo supletorio el art. 978, del CCo, relativo al conocimiento de embarque, el cual señala: *“siempre que en este párrafo se emplee la expresión “por escrito”, se entenderá que ella comprende el telegrama, el télex, u otros medios que estampen, registren o repitan lo expresado por cada parte mediante instrumentos o aparatos diseñados para tal efecto”*.

Lo mismo puede deducirse en el Derecho español según lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico sobre la validez y eficacia de los contratos celebrados por medios electrónicos y de lo establecido en el art. 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica en relación con los efectos legales de la firma electrónica reconocida³⁶⁷.

En cuanto a la función que desempeña el AWB como mecanismo para ejercer el derecho de contraorden del expedidor del mismo³⁶⁸, ya sea ejercitándolo o para garantizar su bloqueo y, para el caso que el sistema de desmaterialización adoptado no contemplase un sistema adecuado para garantizar estas funciones, Guerrero Lebrón entiende aconsejable que cuando este documento se utilice en el seno de una operación de crédito documentario, se incluya en el contrato de transporte aéreo una renuncia expresa a tal derecho, ya sea en la carta de porte aérea electrónica o en el recibo de la carga (que se emite en soporte papel para

³⁶⁷ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad”, op. cit. p. 204).

³⁶⁸ Vid supra 4.5.4.5

el caso de AWB electrónico), lo que sería posible según la autora de acuerdo a lo establecido el art 15.2 de la CM, en orden a que las disposiciones del art 12 (que consagra el derecho de disposición y contra orden sobre la carga) sólo podrán modificarse precisamente mediante una cláusula explícita en la carta de porte aéreo o en el recibo de la carga³⁶⁹.

El principal problema que encontraremos a propósito de la *electronificación* del AWB, es como su desmaterialización afecta a una de las funciones que la doctrina nacional le otorga: ser título de tradición o título representativo de las mercaderías. Esta dificultad adquiere total vigencia y relevancia en nuestro derecho nacional mientras subsista la noción de considerar al AWB en este carácter. No ocurre lo mismo en el Derecho español o en el Derecho uniforme, en que se concluye que de acuerdo a la compleja evolución, tanto de la normativa, como de la práctica del tráfico aéreo, se ha consolidado la carta de porte aérea como un documento carente de la consideración de título-valor³⁷⁰.

Será necesario, atendido el carácter de título de crédito que ostenta el AWB en el Ordenamiento chileno (estatuto jurídico de referencia para nuestra investigación), referirnos a la viabilidad de que cumpla eventualmente esta función en un entorno electrónico, para lo cual analizaremos cuál es la situación que enfrentan ante su desmaterialización otros documentos del transporte, como

³⁶⁹ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad", op. cit., p. 207. Agrega la autora: *"en el Instrumento que en la actualidad está preparando UNCITRAL sobre el transporte (total o parcialmente) marítimo, se establece en el art. 54 que cuando no se haya emitido título de transporte negociable (en papel o electrónico), el cargador será la parte controladora, es decir, el titular del derecho de control o contraorden, pero que estará facultada para transferir dicho derecho a alguna otra persona mediante la notificación al porteador, a raíz de lo cual él perderá dicho control, y que cuando vaya a ejercitarlo, deberá presentar algún medio de identificación adecuado. Suponiendo que el régimen establecido por la IATA en los casos de carta de porte electrónica siguiera esos mismos parámetros, esto es, que simplemente exigiera para poder ejercer el derecho de contraorden la identificación a través de un medio adecuado, habría que seguir la recomendación de la CCI en los supuestos en que se pretendiese presentar dicho documento en un crédito documentario, esto es, sería necesario incluir en el mismo documento electrónico o en el recibo de carga una renuncia expresa a dicho derecho de contraorden por parte del cargador"*.

³⁷⁰ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad", op. cit. p. 206.

el conocimiento de embarque en el transporte marítimo de mercancías, que ,sin lugar, a dudas es un título valor de las mercaderías transportadas³⁷¹.

8.4.- Los títulos representativos de las mercaderías y su naturaleza en un entorno *electronificado*.

8.4.1.- El caso del conocimiento de embarque electrónico

A simple vista podría estimarse que la función inherente al conocimiento de embarque, de ser título valor representativo de las mercaderías, pudiera presentar problemas a la hora de materializarse por medios electrónicos.

Lo anterior se deriva de la idea de que al ser un título valor, lleva en sí incorporado un derecho que para ejercerlo y transferirlo se vale del soporte documental en que consta el conocimiento de embarque y de que no ofrece inconveniente alguno en materia de literalidad y legitimación del derecho en él incorporado, por el hecho de que el texto que se presenta sobre el papel es una cosa corporal mueble, tangible y que permite su fácil circulación.

El inconveniente se presentaría porque esta dualidad papel-derecho ya no existe en el entorno electrónico, puesto que de no encontrarse debidamente culminado el conocimiento de embarque no pasa de ser una señal binaria, intangible y sin literalidad externa.

³⁷¹ El art. 149 n° 1 de nuestro CCo dispone: “*La entrega de la cosa vendida se entiende verificada: 1°. Por la transmisión del **conocimiento, carta de porte o factura** en los casos de venta de mercaderías que vienen por mar o por tierra*”.

Si bien no se cuestiona que los documentos electrónicos posean los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel, esto es, que consta en un soporte material que da cuenta de una declaración de voluntad de contenido obligacional perfectamente atribuible a una persona determinada en su calidad de autor, surge la interrogante de si acaso es un conocimiento de embarque un documento en estado binario y, por lo tanto, si es susceptible de ser ostentado y si su traspaso implica la disposición del derecho en el incorporado. En el Derecho Chileno estas dudas se acrecientan por lo señalado en el art 164 del CCo, que sobre la cesión manual del título cedido al portador previene: *“la cesión de documentos al portador se hará mediante su tradición manual”*.

El problema estaría dado por la circunstancia de que en el entorno electrónico la transferencia material del título no se soluciona con la entrega del papel, pues este elemento material del título de crédito no existe si es que consta en un soporte electrónico ya que su soporte no es más que un simple objeto que almacena información binaria la cual por esencia es ininteligible e ilegible, pero que si hiciéramos de él un formato impreso y tangible, pasa a constituir un documento escrito en un soporte papel.

En el Derecho marítimo la entrega del conocimiento de embarque sustituye a la tradición de las mercancías y el adquirente desde ese momento goza de la protección que el derecho concede a quien de buena fe recibe la posesión de una cosa mueble. Lo anterior es consecuencia de que el derecho no se puede hacer valer sin el título que está incorporado en él.

Como estos de títulos influyen en la circulación de los derechos reales, debería aquí regir un principio de *numerus clausus*, lo cual podría ser un obstáculo para la aplicación del régimen tradicional de transmisión de los títulos tradición a los nuevos títulos electrónicos representativos de mercadería. Sin embargo, a pesar de señalar que existe este obstáculo, también reconoce que actualmente se

ha admitido la aplicación del régimen tradicional a los nuevos documentos ya que ambos cumplirían una función idéntica³⁷².

En el caso del título valor tradicional, lo que se protege es la apariencia de titularidad proveniente de la tenencia material del título, luego, es evidente que no es posible aplicar tal protección a los derechos emanados de un título electrónico. Sin embargo, es posible dar una apariencia de titularidad a quien figure en un registro público de titulares de derechos desincorporados y en virtud de tal registro, sería posible crear una apariencia merecedora de protección.

Frente a esta situación, se han planteado dos maneras de entender el problema³⁷³, por una parte, se admite que no se puede ostentar un conocimiento de embarque electrónico, con lo cual desaparece su función representativa del derecho en el incorporado y la disposición de este derecho ya no se efectúa mediante la entrega del título, o bien, se entiende que no obstante ser una cosa intangible, tiene una existencia perceptible por los sentidos y que, más que la presentación física y material del título la tenencia se efectúa por medio de su acceso y disposición, esto es, del control de dicho conocimiento de embarque en su estado binario.

Esta segunda interpretación separa la noción de tenencia a la tangibilidad material del conocimiento de embarque electrónico, entendiendo que su estado binario se ostenta por medio de su control, que es lo que permite efectuar todas las operaciones que la entrega material del soporte de papel cumple incluida la disposición del derecho en él incorporado. De esta forma podríamos conciliar la norma del 164 del CCo que requiere la tenencia del documento literal en donde se encuentra el derecho incorporado y por otro, las normas de la LFE que permiten reconocer, en virtud de la aplicación de la equivalencia funcional, al

³⁷²RECALDE CASTELLS, *"Electronificación de los título valor"*.op.cit., p.591 y sgts.

³⁷³BARROILHET ACEVEDO, Claudio, BASSO CERDA, Osvaldo, *Conocimiento de Embarque Electrónico*, ob.cit., p.190.

conocimiento de embarque electrónico igual validez y eficacia jurídica que a su equivalente tradicional.

No obstante la solución propuesta, no se puede soslayar que la tendencia internacional ha sido desincentivar el uso del conocimiento de embarque electrónico y fomentar el empleo de documentos no negociables. Dentro de estas iniciativas podemos enmarcar la recomendación n°12 ECE/FAL sobre medidas para facilitar los procedimientos relativos a los documentos en el transporte marítimo³⁷⁴, que promovía el empleo de documentos no negociables en el transporte marítimo como el *sea waybill* o carta de porte marítimo, en vez del conocimiento de embarque, cuando es claro que no se va a negociar sobre las mercaderías transportadas en el transcurso del viaje.

Se trata de un documento que no es título de tradición, ni puede ser usado para transferir la titularidad sobre las mercancías. El porteador hace entrega al consignatario designado, quien deberá únicamente probar su identidad. Al no ser representativos de mercaderías, no permite que se constituya prenda sobre ellos, ni título de rescate ya que su presentación no es requisito sine qua non para la retirada de la mercadería, luego este documento ofrece menor garantía a los bancos a la hora de conceder o gestionar un crédito documentario³⁷⁵.

³⁷⁴ Aprobada por primera vez en marzo de 1979 por el grupo sobre facilitación de los trámites internacionales de la Comisión Económica para Europa, revisada y vuelta a aprobar por el mismo grupo en marzo de 1993, estimula el empleo de documentos no negociables como el *sea waybill* por sobre el conocimiento de embarque cuando no se negocie con las mercaderías en el transcurso del viaje. Estimula además el empleo de documentos en un solo original, en formato estándar y con el dorso en blanco, alentando la incorporación de las cláusulas o condiciones del contrato de transporte por la vía de la remisión.

³⁷⁵ MADRID PARRA; Agustín; "Regulación Uniforme de Uncitral del Uso de Medios Electrónico", ob. cit., p. 89. A juicio de RECALDE CASTELLS en lo relativo a las "*seawaybills*", no se han planteado mayores problemas al iniciar los procesos de *electronificación*. Hubo un cierto recelo en lo relativo a la prueba, sin embargo, tales problemas se entienden superados al aceptar que el documento electrónico tiene validez probatoria. A pesar de lo anterior, surgieron otras interrogantes, y una de las más importantes es la relativa a la característica de título de tradición de estos documentos, en virtud de la cual el tenedor legitimado puede transferir las mercancías por medio de la transferencia del documento. Es precisamente en este punto donde el autor reconoce que pueden surgir problemas referentes a la equiparación entre los títulos-valor y los procedimientos informáticos, especialmente objeciones de carácter dogmático. RECALDE CASTELLS, "Electronificación de los título valor..." op.cit., p.592-593.

El segundo grupo de iniciativas enfrenta el problema de la *electronificación* del conocimiento de embarque, recurriendo a métodos que tiendan a reproducir en un ambiente electrónico las funciones propias de este documento. Se encuentran dentro de estos intentos el experimento *Sea Docs*, las reglas del CMI sobre conocimiento de embarque electrónico y el *Proyecto Bolero*, que como característica común requieren de la intervención de un registro central de documentos³⁷⁶. Sobre estos registros se puede distinguir dos tipos, uno centralizado y otro descentralizado, también llamado “en varios escalones”³⁷⁷.

En los sistemas centralizados, una única entidad gestiona todas las operaciones o al menos todas las transacciones vinculadas a un mismo emisor. En los sistemas descentralizados o en varios niveles o escalones, existen múltiples operadores que se adhieren, los cuales gestionan las cuentas de los clientes y reflejan en ellas las transacciones que se llevan a cabo. Queda claro que en este segundo tipo de sistemas juega un rol importante la confianza que los intervinientes tienen en registro.

A diferencia de las transacciones de bienes inmuebles, registradas por el registrador de bienes raíces, la mayoría de las transacciones que se realizan (generalmente valores) son anónimas, por lo que el adquirente no conoce ni puede conocer de quien adquiere. En los sistemas descentralizados no es posible realizar un seguimiento de la cadena de transmisiones que afecta a un bien.

La centralización o descentralización también tiene que ver, por otro lado, con el carácter cerrado o abierto que tenga el registro, en relación con los nuevos miembros, permitiéndose o no la entrada de ellos.

8.4.2.- Las Reglas de Rotterdam. El aporte del Derecho marítimo en la

³⁷⁶ Sobre estas iniciativas *vid.*, ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, “*Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico*”, *Revista de Derecho Mercantil* N°263, 2007, Madrid, 2007, segunda parte, p 489 a 531.

³⁷⁷ RECALDE CASTELLS, “*Electronificación de los título valor...*”, *op.cit.*, p.599

desmaterialización de los instrumentos del transporte

La Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 11 de Diciembre de 2008 adoptó el “Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo”, más conocido como *Las Reglas de Rotterdam*, por el cual se establece un régimen legal uniforme y moderno por el que se regulan los derechos y obligaciones de los cargadores, portadores y destinatarios sujetos a un contrato de transporte de puerta a puerta que comprenda un tramo internacional por vía marítima.

Las RR se preocupan, como ninguna otra Convención de regular los documentos electrónicos del transporte³⁷⁸, en efecto, de la simple lectura de sus normas es posible concluir que en ninguno de sus artículos se habla de “conocimiento de embarque”, por el contrario, se omite esta nomenclatura y se cambia por la de “documento de transporte”³⁷⁹, el que a su vez puede ser en soporte material de papel o puede ser un documento de transporte electrónico.

Ambos documentos, tanto el electrónico como el tradicional de papel, pueden ser negociables o no negociables. El art 1.15 RR señala que por *“Documento de transporte negociable se entenderá: el documento de transporte que indique mediante expresiones como a la orden o negociable, o mediante otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador, a la orden del destinatario o al portador del documento, y que no indique expresamente que se*

³⁷⁸ Lo que según Comenale fue visto por algunos, con un entusiasmo que puede ser excesivo, como: “una etapa fundamental en la evolución de la disciplina del comercio electrónico. COMENALE, MICHELE, *“I documenti elettronici del trasporto”* en Rivista del Diritto Della Navigazione”, 2012, n° 1, p.41

³⁷⁹ Art.1.14 RR: *Por ‘documento de transporte’ se entenderá el documento emitido por el porteador, en virtud de un contrato de transporte, que: a)Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y b)Pruebe o contenga un contrato de transporte”,*

trata de un documento 'no negociable'". El 1.19 RR consagra expresamente la posibilidad de emitir un documento electrónico de transporte negociable³⁸⁰.

La definición de documento de transporte negociable, interpretada en armonía con el art. 1nº14 de las RR, podría ser calificada como continuadora del conocimiento de embarque ya que consagra su última función; ser un título valor.

Con todo, se han señalado³⁸¹ tres rasgos esenciales que identifican a este instrumento: se trata de un documento emitido por el porteador, por lo tanto, no puede ser emitido por cualquier persona que intervenga en la operación de transporte a la que se refiere el documento; se emite en relación a, y como consecuencia de un contrato de transporte; y, cumple una función probatoria, la cual tiene dos aspectos, por un lado prueba la recepción por parte del porteador de la mercancía; mientras que de otro, prueba la existencia del contrato de transporte..

Además de lo indicado, en la RR no sólo se consagra la equivalencia funcional entre ambos documentos, en soporte material de papel y en soporte electrónico en el art. 8³⁸², sino que se destina el Capítulo 3º de la Convención, a los documentos

³⁸⁰ Art. 1.19 RR *"Por documento electrónico de transporte negociable" se entenderá el documento electrónico de transporte: a) Que indique, mediante expresiones como 'a la orden' o 'negociable', o mediante alguna otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del destinatario, y que no indique expresamente que se trata de un documento "no negociable"; y b) Cuyo empleo satisfaga los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 9".*

³⁸¹ LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, CARLOS. "Las Reglas de Rotterdam (II)", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo 2010, Vol. 2, Nº 2, año 2010. Madrid. Pág.107

³⁸² Art. 8 RR: *"Empleo y eficacia de los documentos electrónicos de transporte. A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio: a) Todo lo que deba figurar en un documento de transporte con arreglo a lo previsto en el presente Convenio podrá ser consignado en un documento electrónico de transporte, siempre y cuando la emisión y el subsiguiente empleo del documento electrónico de transporte se hagan con el consentimiento del porteador y del cargador; y b) La emisión, el control exclusivo o la transferencia del documento electrónico de transporte surtirá el mismo efecto que la emisión, la posesión o la transferencia de un documento de transporte".* Como hemos mencionado, este artículo de las RR cumple a cabalidad lo señalado por Alba Fernández. La regulación del documento electrónico de transporte ha comenzado con el reconocimiento expreso, y en términos positivos del principio de la equivalencia funcional ya que hemos visto anteriormente, creemos que un reconocimiento positivo de la validez de los documentos electrónicos de transporte tiene mayor significación que un reconocimiento por vía de la negativa. Lo anterior lo postulamos basados en reconocimientos anteriores, especialmente el de

electrónicos de transporte, consagrando en su art 9° un procedimiento para el empleo de los documentos electrónicos de transporte negociables³⁸³. Además se establece la sustitución de documentos (de electrónico a soporte papel y viceversa) en el art. 10³⁸⁴ y se consagra expresamente la posibilidad de firmar

la LMUCE, que señalaba en su art 5 “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. Además, se consagran expresamente que la emisión y el empleo de estos documentos produce el mismo efecto que las mismas operaciones, pero, soportadas en papel. Sin perjuicio de lo anterior, podemos señalar que el principio de la equivalencia funcional no es el único consagrado en este art. 8. Carlos Llorente Gómez de Segura señala que además se consagra el principio del “uso consensuado”, el cual plantea que la emisión y el empleo de estos documentos electrónicos de transporte requieren necesariamente del consentimiento del porteador y del cargador. Tal consentimiento será suficiente, a juicio del autor, “por lo que al subsiguiente empleo del documento se refiere, si se hubiese conferido inicialmente por el cargador para su emisión” (LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, CARLOS. “Las Reglas de Rotterdam (II)”, ob cit., en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2010, Vol. 2, Nº 2, año 2010. Madrid,p.108). En lo relativo a la frase “A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio...”, siguiendo el análisis del autor, significa que estos documentos electrónicos del transporte no sólo se rigen por lo preceptuado en este capítulo tercero, sino también por todo el resto de la normativa contenida en las RR y que se refieran a los documentos de transporte. Postulado que concuerda con nuestro pensamiento de que cualquier regulación relativa a los documentos electrónicos debe ser la menor posible, solamente la necesaria para tomar en cuenta sus particularidades, por ende no se debe legislar de manera separada ya que ambos documentos, en soporte material y de papel, valen y son lo mismo.

³⁸³ Art. 9° RR. “1. El empleo de un documento electrónico de transporte negociable deberá observar ciertos procedimientos que prevean: a) El método para la emisión y la transferencia del documento al tenedor previsto; b) Las medidas para asegurar que el documento electrónico de transporte negociable emitido conserve su integridad; c) La forma en que el tenedor podrá probar su condición de tal; y d) La forma en que se dará confirmación de que se ha realizado la entrega al tenedor, o de que, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 10, o en los apartados a) ii) y c) del párrafo 1 del artículo 47, el documento electrónico de transporte ha perdido su eficacia o validez. 2. Los procedimientos exigidos en el párrafo 1 del presente artículo deberán figurar en los datos del contrato y ser de fácil comprobación”. En nuestra opinión, este art. 9° consagra, sin lugar a dudas, el principio de la neutralidad tecnológica. No se indica cuáles son los procedimientos para el empleo de los documentos electrónicos de transporte negociables, pero se señalan los requisitos que éstos deben cumplir

³⁸⁴ Art. 10 RR: “Sustitución de un documento de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable. Nº1. Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable y el porteador y el tenedor del documento acuerden sustituirlo por un documento electrónico de transporte negociable: a) El tenedor deberá restituir al porteador el documento de transporte negociable, o todos los originales, si se emitió más de uno; b) El porteador deberá emitir al tenedor un documento electrónico de transporte negociable que contenga la declaración de que dicho documento sustituye al documento de transporte negociable; y c) A partir de ese momento, el documento de transporte negociable quedará privado de su eficacia o validez; Nº2. Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable y el porteador y el tenedor del documento acuerden sustituirlo por un documento de transporte negociable: a) El porteador deberá emitir al tenedor, en lugar del documento electrónico, un documento de transporte negociable que contenga la declaración de que dicho documento sustituye al documento electrónico de transporte negociable; y b) A partir de ese momento, el documento electrónico de transporte quedará privado de su eficacia o validez”.

estos documentos por medio de firma electrónica en el art. 38. Si bien es cierto que la firma electrónica fue tratada por UNICITRAL en la LMUFE, aquí se hace aplicable, desde un punto de vista positivo y en forma particular a los documentos del transporte marítimo.

Este tema es de la mayor relevancia ya que aquí podemos apreciar precisamente el fenómeno de la desmaterialización por cambio de soporte, y constatar la materialización del documento y del derecho en el incorporado. Lo anterior estará supeditado a la arquitectura informática que utilicen las partes para la emisión de los documentos electrónicos y, también, dependerá de la concepción de desmaterialización que se siga vinculado a uno u otro sistema informático. Esta norma artículo marca un hito ya que nos señala una regla de oro: el fenómeno de la electrificación en las RR no es algo irreversible, todo lo contrario, es un proceso, a simple vista, bastante sencillo que sólo requiere el acuerdo de las partes como requisito principal, exigencia, que recordemos, es la misma que para emitir los documentos. (Art. 8 letra a). Nos llama la atención fue que no se delimitara un espacio de tiempo dentro de cual se podrían hacer estas sustituciones, quizás ahora no vislumbramos problemas, sin embargo, éstos pueden suscitarse una vez que las RR se encuentren en vigor. Sin perjuicio de lo anterior, podemos señalar que la solución a este dilema se encuentra en manos de los propios interesados, ya que si la Convención no delimitó un espacio temporal para realizar esta sustitución, no vemos obstáculo para que cargador y porteador establezcan tal límite³⁸⁵.

Todo lo anterior, forma parte de un conjunto armónico que prevé la mayoría de los aspectos importantes para el comercio electrónico. Las RR son un cuerpo legislativo que contempla principios y normas elaboradas con motivo de otros textos (LMUCE, LMUFE, Convenio de las Naciones Unidas sobre la Contratación electrónica, entre otras), todos los cuales se han reunido en una sola Convención.

³⁸⁵ ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, *“Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico”*, op. cit. p. 523.

En cuanto a la denominación del documento para comprender a cabalidad el cambio propiciado por las RR es necesario hacer ciertas precisiones.

Los conocimientos de embarque no se emitían al tiempo de la elaboración de este tratado con la misma frecuencia de antaño, ya que, con excepción del transporte de crudos, no es necesario disponer de las mercancías mientras éstas se encuentren en viaje.

Se ha indicado³⁸⁶ que uno de los principales problemas a solucionar en el transporte de mercancías era el retraso en la recepción del documento de transporte. Para solucionar lo anterior se idearon diversos sistemas, como por ejemplo el *destination bill of lading* y las *seawaybills* o cartas de porte marítimas. Como los principales inconvenientes surgen de la configuración como títulos-valores de estos documentos, y por ende es necesaria su presentación en cada una de las operaciones que se realizan sobre las mercancías (legitimación por posesión), se crearon meros documentos probatorios “no negociables”. Las ya citadas “cartas de porte marítimas”, constituyen un documento no destinado a circular.

Esta nueva nomenclatura de las RR de denominar al documento del transporte marítimo, “documento de transporte”, ha sido criticada en la llamada “Declaración de Montevideo”³⁸⁷, siendo calificada en dicha instancia como un término vago.

³⁸⁶ MARTÍN CASTRO, M^a Paz. “Nuevas formas de documentación del contrato de transporte: La sustitución del soporte material por la documentación electrónica”, en *RCE*, n°7. Julio – Agosto. Cádiz. 2000, p. 8.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, CARLOS, “Las Reglas de Rotterdam (II)”, ob. cit. p.107

³⁸⁷ Crítica al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 2009, conocido también como “Las Reglas de Rotterdam”. Fue aprobada por más de 60 juristas expertos en derecho marítimo, reunidos en el salón de conferencias del Teatro Solís, Uruguay, y ante la presencia de autoridades nacionales y legisladores. Estos abogados señalaron que la Convención objeto de nuestro estudio es altamente inconveniente para los intereses de los exportadores e importadores de los países latinoamericanos y los instaron a no adherir ni ratificar las RR.

Frente a esta crítica, se emitió una réplica conocida como “*Las Reglas de Rotterdam. Una respuesta Latinoamericana a la ‘Declaración de Montevideo’*”³⁸⁸, en la cual se señala que el cargador debe tener claridad sobre qué régimen jurídico es aplicable, incluso si no se utiliza un conocimiento de embarque; documento que, como hemos visto, ha sido sustituido por otros, de carácter no negociables. En la respuesta a la declaración, lo pretendido es que las RR sean aplicables cualquiera sea el documento que sea emitido, a diferencia de por ejemplo, las Reglas del CMI sobre Conocimientos de Embarque Electrónicos que se trata de disposiciones de naturaleza voluntaria y de base contractual.

La expresión “documento de transporte” es más genérica que conocimiento de embarque o que carta de porte y por ende las comprende. Por lo tanto, a pesar de que las Reglas de Rotterdam se refieran al “documento de transporte” ello no impediría que la comunidad marítima utilice el conocimiento de embarque pues éste es, de todos modos, un “documento de transporte”.

El análisis de esta nueva nomenclatura debe hacerse desde una perspectiva un tanto distinta, abogando por una unificación terminológica³⁸⁹. La denominación del documento que se emita puede marcar dos tratamientos.

El primero es el modo de transporte en que el documento es empleado, siendo el “conocimiento de embarque” un documento propio del transporte marítimo, mientras que “la carta de porte” se ha identificado con el transporte terrestre o aéreo. El otro tratamiento que podría colegirse del documento emitido es si es susceptible o no de negociabilidad. De tal forma, de un lado tendríamos al “conocimiento de embarque” como documento negociable y de otro, a la “carta de porte”, con efectos meramente probatorios.

³⁸⁸ “Las Reglas de Rotterdam. Una respuesta Latinoamericana a la Declaración de Montevideo”. Disponible en Internet, <http://www.comitemaritime.org/Rotterdam-Rules/0,2748,14832,00.html>, p. 10, visita del 14 de septiembre de 2013.

³⁸⁹ ALBA FERNÁNDEZ, MANUEL. *Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico. Primera Parte*. ob. cit. p. 82.

A este respecto se pueden presentar dos soluciones para lograr una unificación terminológica. Una de estas soluciones es precisamente denominar a todos los instrumentos involucrados en el tránsito de mercancías como documentos de transporte, independiente del tipo y de su negociabilidad. Esto parece más adecuada en el caso de los transportes “puerta a puerta” y, también, se aviene más con el Derecho del transporte multimodal, por cuanto la expresión “documento de transporte” es modalmente neutra.

En virtud de lo anterior las únicas dos clases de documentos de transporte que deberían existir serían los negociables y los no negociables. A pesar de las distinciones antes mencionadas, hoy en día es posible constatar cartas de porte tanto en el transporte terrestre, en el aéreo, como también en el marítimo. La diferencia sustancial entre los distintos tipos de documentos se encuentra en la posibilidad de negociación que llevan en sí. Por lo tanto la distinción entre unos y otros tiende cada vez más a centrarse en la presencia o ausencia de tal posibilidad de ser negociados, más que en el nombre concreto que pueda recibir el documento o el entorno modal en el que pueda haber sido emitido³⁹⁰.

Esta fue la solución tomada por las RR. En efecto, se han suprimido todos los demás conceptos para unificarlos en uno solo que puede adoptar varias formas, negociable o no negociable, en soporte material o electrónico. Nos parece acertada esta decisión ya que no crea confusiones en los intervinientes en el contrato de transporte, dejando en claro cuál es el documento a emitir y su regulación. No existirá por lo tanto, la necesidad de acudir a otros conceptos, más bien ajenos al contrato de transporte marítimo (como la carta de porte marítima), para señalar que un documento de transporte es no negociable.

9.- EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO CELEBRADO

³⁹⁰ ALBA FERNÁNDEZ, MANUEL. *Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico. Primera Parte*. ob. cit. p. 84 y 85

ELECTRÓNICAMENTE Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

9.1.- Consideraciones generales

Una rápida mirada a las ventajas de la contratación con cláusulas generales de la contratación, permite diferenciar aquellas que es posible advertir en las relaciones del proveedor con su consumidor de aquellas que se presentan cuando se examina el funcionamiento interno del proveedor. El uso de contratos por adhesión a condiciones generales permite dos cosas, la primera respecto de la relación entre proveedores y consumidores, es disminuir los costos de negociación del contenido prescriptivo del contrato. La segunda ventaja es que los contratos por adhesión pueden operar como mecanismos de promoción de eficiencia al interior de la empresa³⁹¹.

La legislación chilena, a diferencia de la española³⁹², carece de una normativa específica que se ocupe de regular las condiciones generales de la contratación para los contratos de adhesión. Si a ello añadimos la falta de un estatuto legal que regule los contratos celebrados por medios electrónicos (ni siquiera cuenta con una regulación general del comercio electrónico más allá de los enunciados generales del LFE), constataremos que los niveles de protección para el pasajero que celebre un contrato de transporte aéreo por medios electrónicos distan de ser los necesarios.

Tal como ya lo hemos enunciado en este trabajo³⁹³, las normas específicas sobre las condiciones generales o el control de cláusulas abusivas se encuentran en algunas disposiciones de la LPDC que establece un control de forma y uno de fondo para regular estas materias (arts. 12 y 16 LPDC), y aquellas que fijan las

³⁹¹ DE LA MAZA, Iñigo, -“Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno”, http://fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20electronicos.pdf

³⁹² Como la Ley Sobre Condiciones Generales de la Contratación; la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, o normas como las contenidas en el TRGCU después de la reforma del año 2014.

³⁹³ *Vid supra*. 2.4.1

condiciones para se forme el consentimiento en un contrato electrónico (art. 12 A LPDC).

Este método se fundamenta en primer lugar en la antigua doctrina que pretende proteger el consentimiento del adherente, introduciendo requisitos de carácter formal que aseguren el conocimiento efectivo por parte de éste del contenido del contrato³⁹⁴. No obstante ello, a nuestro juicio este razonamiento admite cuestionamientos, toda vez que es de suponer que los sujetos que celebran contratos por adhesión no conocen y no leen el contenido de los contratos en su totalidad.

Lo anterior se produce porque ante la necesidad de celebrar ciertos contratos que resultan indispensables no quedará sino prestar el consentimiento, además de que la labor de estudio y comparación de contratos resulta costosa e incluso inútil si consideramos que muchas veces en un mismo sector o rubro las condiciones ofrecidas son muy similares.

Puede decirse, de una manera general que si fue necesario dictar reglas especiales sobre cláusulas abusivas para el derecho del consumidor es porque las puras reglas derivadas de la buena fe y de la interpretación de los contratos no parecían suficientes para llegar a estructurar un sistema eficiente, de control y sanción de los contratante abusivos, en la contratación en masa³⁹⁵.

Las reglas formales al control de cláusulas abusivas en el Derecho chileno se encuentran en los Artículos 17 y 16 letra f) de la LPDC y se refieren básicamente a tipografía, idioma y firma. De acuerdo a estas normas, el contrato debe ser legible, para luego establecer un mínimo de tamaño de letra y en cuanto al idioma, deben estar escritas en idioma castellano, salvo el caso del inciso 3° del Art.17 LPDC, que prescribe que tendrán validez los contratos redactados en

³⁹⁴ DE LA MAZA, Iñigo, -“Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno”, http://fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20electronicos.pdf

³⁹⁵ BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge “La regulación...”, op.cit. p. 389.

idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales. Por último, se establece la exigencia de entrega al consumidor, de inmediato a su firma, de un ejemplar íntegro del contrato suscrito por todas las partes.

En cuanto al control de fondo, la ley optó por un sistema de lista negra, es decir una lista de cláusulas que, incorporadas en el contrato de adhesión, no producen efecto alguno. Así se desprende del artículo 16 LPDC, el cual prescribe que: *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: ...”*.

Un rasgo característico de las cláusulas abusivas es el desequilibrio injustificado en las prestaciones. La LPDC en las letras a) hasta la e) del artículo 16³⁹⁶ establece casos en que ese desequilibrio es manifiesto, mientras que la letra

³⁹⁶ Artículo 16 LPDC.- *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorquen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.*

Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

g) contiene la llamada cláusula general de buena fe, es decir, ilustra al juez, proporcionándole criterios que le permitan determinar en el caso concreto si una cláusula es o no abusiva cuando sea atentatoria de la buena fe contractual y cause un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes.

Por tratarse de un contrato de adhesión sujeto a condiciones generales de la contratación, podríamos afirmar que el transporte aéreo es de aquellos negocios jurídicos en que eventualmente pueden producirse un entorno que resulte extraordinariamente propicio para la incorporación de cláusulas abusivas³⁹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, vemos que algunas veces es el propio ordenamiento el que promueve la inserción de cláusulas de las que nos surjan dudas en cuanto a su validez. Nos referimos por ejemplo al caso del art. 3° bis LPDC que dispone que: *“El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos : b) En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato...”*.

Esto posibilita que las compañías aéreas en su rol de proveedores nieguen el derecho del consumidor a retractarse o desistirse³⁹⁸, lo que efectivamente

En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente”.

³⁹⁷ DE LA MAZA, Iñigo, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g). en ” http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/inigo_de_la_maza/control%20clausulas.pdf

³⁹⁸ El derecho a retracto, desistimiento unilateral del contrato o *iuspoenitendi*, no constituye una novedad en el ámbito del Derecho del consumo, pues se le reconoce como uno de los pilares de la protección de derechos del consumidor, sin que sea exclusivo de esta disciplina jurídica, por cuanto el CC reconoce en varias disposiciones legales vinculado a aquellos contratos en que el elemento de la confianza resulta esencial (como por ejemplo, art. 1428 en el mandato; art. 2163 n° 4 y 5, en el contrato de sociedad; art. 2108, en el arrendamiento). PRADO LÓPEZ, Pamela,

ocurre en el caso chileno a propósito de compra de billetes de pasajes en plataformas electrónicas, por indicarse así en las condiciones generales del contrato de transporte aéreo³⁹⁹.

En el Derecho uniforme, el CM en su artículo 26⁴⁰⁰ declara nula cualquier cláusula tendente a exonerar al transportista de la responsabilidad establecida en el referido convenio y en el art. 49⁴⁰¹ declara la nulidad de aquellos pactos tendentes a eludir la ley y jurisdicción aplicables. El CV en el art. 23 establece la nulidad de cualquier cláusula tendente a exonerar al transportista de su responsabilidad o a señalar un límite inferior al fijado en dicho convenio.

La industria del transporte aéreo y en particular la IATA se ha preocupado desde temprano en la regulación de las condiciones generales del contrato de transporte aéreo y con especial éxito a partir de la divulgación de la Práctica Recomendada n°1724⁴⁰².

No obstante lo indicado, es a propósito del caso de las aerolíneas *low cost* que se ha producido una mayor discusión acerca de la inclusión de las cláusulas abusivas en los condicionados generales de las compañías aéreas, por cuanto estas líneas aéreas se caracterizan por la venta directa pasajes a través de

Artículo 3 bis, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la protección de los derechos de los consumidores*, AAVV (DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos, coord.), Thompson Reuters, 2013, p. 153.

³⁹⁹ Así por ejemplo Las condiciones generales de LAN establecen que: “*En las ventas realizadas a través del Contact Center y en www.lan.com no aplica derecho a retracto establecido en la Ley N°19.496, para compras realizadas por medios electrónicos o de comunicación a distancia*”.

Por su parte SKY Airlines en su clausulado de condiciones generales que. “*A las compras realizadas en este sitio web no aplica el derecho a retracto establecido en la ley 19.496 para compras no presenciales*”.

⁴⁰⁰ art. 26 CM: “*Toda cláusula que tienda a exonerar al transportista de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en el presente Convenio será nula y de ningún efecto, pero la nulidad de dicha cláusula no implica la nulidad del contrato, que continuará sujeto a las disposiciones del presente Convenio*”.

⁴⁰¹ art. 49 CM: “*Toda cláusula del contrato de transporte y todos los acuerdos particulares concertados antes de que ocurra el daño, por los cuales las partes traten de eludir la aplicación de las reglas establecidas en el presente Convenio, sea decidiendo la ley que habrá de aplicarse, sea modificando las reglas relativas a la jurisdicción, serán nulos y de ningún efecto*”.

⁴⁰² Sobre la evolución de las condiciones generales desarrolladas por IATA GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “*La responsabilidad contractual...*”, op.cit., pp.80 y 81.

canales directos (prescindiendo de un SIR); la no emisión física de billetes de pasaje; la minimización de costos operativos; la maximización de la ocupación de sus vuelos y de la utilización de las aeronaves; así como la flexibilidad en la adquisición de trayectos; o la realización de vuelos sin conexión o escalas⁴⁰³.

Todas estas circunstancias se presentan como condiciones idóneas que crean el ambiente necesario para la intromisión de las cláusulas abusivas.

El fenómeno de las aerolíneas de bajo coste, es desconocido en Chile. Sólo recientemente la aerolínea nacional SKY Airlines, la segunda del mercado nacional con cerca de un 20% de participación en el mercado de pasajeros, ha anunciado la conversión de su modelo de negocios con miras a transformarse en una de bajo coste en un período de 12 meses⁴⁰⁴.

Como hemos indicado a lo largo de nuestro trabajo, no existe un particular desarrollo de la problemática en el Derecho chileno, ni tampoco encontramos pronunciamientos judiciales en que haya existido la oportunidad de discutir acerca de esta materia, más allá de algún caso aislado⁴⁰⁵ en que se consideró abusiva aquella cláusula que indica que: *"El transportador se compromete a hacer todo esfuerzo para transportar al pasajero y su equipaje con razonable puntualidad. Las horas que se indican en los itinerarios o en alguna otra publicación no están*

⁴⁰³ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, Contratación del transporte aéreo low cost en internet..", op cit. p.195.

⁴⁰⁴<http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/08/30/747364/SKY-sera-aerolinea-de-bajo-costo-Pasajes-a-precio-de-bus-y-cobrara-por-comida.html>, visita del 01 de septiembre de 2015. De acuerdo lo informara el CEO de la compañía, entre los primeros cambios que se aplicarán será que el menú de los vuelos internacionales será "más liviano" que el actual. Además, desde principios del próximo año, tanto en rutas nacionales como internacionales dispondrán de un servicio de comida a bordo pagado. A lo anterior se suma el hecho de que desde este año se venden pasajes *one way*, solo un tramo, a precios que son competitivos; es decir, más baratos que uno de ida y vuelta. También están evaluando el cobro del equipaje, y aun cuando hoy ya se debe pagar un excedente por el sobrepeso, se estudia cobrar por la primera maleta ingresada, también por reservar asientos ubicados en las primeras filas o cerca de las salidas de emergencia. Además esta política se ve reforzada con la drástica disminución de los vuelos con escala dentro del país, en efecto si hasta el año 2014, el 80% de sus viajes hacia alguna parada, hoy solo operan con escala en tres tramos hacia el sur del país en vuelos de larga extensión (Santiago-Punta Arenas y Santiago-Balmaceda, ambos con una detención en Puerto Montt).

⁴⁰⁵ Corte Suprema, Rol 8573-2009, *vid supra* n° 2.4.2

*garantizadas en cuanto a su cumplimiento y no forman parte de este contrato. En caso de necesidad, el transportador, sin previo aviso, puede hacerse sustituir por otros transportadores o cambiar de material de vuelo y puede alterar u omitir paradas indicadas en el billete si fuere necesario. Los itinerarios están sujetos a cambios sin previo aviso. El transportador no asume la de garantizar conexiones*⁴⁰⁶.

No obstante ello, y atendido que es un problema que se pudiera presentar en el futuro, una vez masificada la oferta *low cost* en el mercado aéreo nacional⁴⁰⁷, cobrarán importancia aquellas situaciones que se hubieran producido a propósito de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de transporte celebrados electrónicamente.

Es por ello que nos referiremos a las soluciones legales y jurisprudenciales con que particularmente el Ordenamiento español, ha enfrentado la inclusión de ciertas cláusulas abusivas en el condicionado general de los contratos de transporte de aerolíneas de bajo coste, principalmente derivado del incumplimiento al deber de información precontractual⁴⁰⁸ que pesa sobre todo

⁴⁰⁶ Cláusula 8 condiciones generales transporte de pasajeros LAN

⁴⁰⁷ Un informe de AMADEUS de mayo de este año reveló que las compañías aéreas de bajo costo ya dominan el 32% de los vuelos domésticos en Europa y la mitad (50%) de los intraregionales. Se espera que el porcentaje crecerá de los 250 millones de pasajeros anuales. En Europa, las operadoras de bajo coste tienen una cuota de mercado muy superior a la del resto del mundo, así, mientras el porcentaje de tráfico doméstico es similar al de EEUU (34%), el tráfico intraregional que acaparan es muy superior. En América sólo el 15% de estos vuelos los operan aerolíneas tradicionales. <http://www.02b.com/es/notices/2015/05/amadeus-preve-un-tsunami-de-vuelos-low-cost-en-los-proximos-anos-12707.php>, visita del 30 de agosto de 2015.

⁴⁰⁸ En la 6ª edición de sus Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Díez-Picazo dedica, por primera vez, un apartado a los deberes precontractuales de información; y señala al respecto que: *"No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y uso de los negocios [...]. Debemos dar por supuesto que el deber de información es también del deber de que la información facilitada sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto./ La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitrariedad, debe arrancar de dos premisas claras. Es la primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información [...] La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular./ Sin embargo, más allá de estas claras premisas iniciales, la zona de investigación se torna por demás confusa. No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma [...]. / Puede admitirse que, en*

empresario que quiera contratar con un consumidor conforme al art. 60 TRDCU⁴⁰⁹, y el contenido adicional de la obligación de informar que incumbe al empresario en el supuesto específico de la contratación electrónica con consumidores (regulados en su momento por el art. 98 TRDCU⁴¹⁰, el art. 40 ley 7/1996⁴¹¹ , de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y el art. 27.1 de la LSSICE), y que constituye un principio constitucional contemplado en el art. 51 de la Constitución española. Lo que pone de manifiesto la relevancia que para el legislador presenta la correcta información del consumidor, en cuanto a los servicios y los bienes que le son ofertados y, en su caso, adquiridos, conforme al cual las compañías aéreas *low cost* deben informar a los consumidores acerca de las condiciones del transporte de pasajeros desde el mismo instante en que los servicios aéreos son puestos a disposición de los consumidores y usuarios en la correspondiente página web o en cualquier otro medio accesible al público, de modo que el consumidor pueda formar correctamente su consentimiento contractual, valorando las ventajas y los inconvenientes de la oferta que realiza la compañía que se trate

algunos casos, cuando entre las partes existe una situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información [...] Tampoco es especialmente claro si en la existencia de los deberes precontractuales de información influye el que esta última sea costosa o no. DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I: Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición, Thomson Civitas, 2007, pp. 312-313.

En el Derecho chileno se ha estimado que la primera fuente del deber precontractual de informar no es una norma jurídica, sino un principio general del derecho: la buena fe. La extensión del deber precontractual de informar, abarca toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad. Si se observan las normas jurídicas, en los artículos 1851 CC y 32 LPDC se advierte una segunda forma de concretar deberes precontractuales de información. DE LA MAZA, Iñigo, Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 34, 2010, p. 84

⁴⁰⁹ Cuya nueva redacción se fijó apartado doce del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁴¹⁰ Modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁴¹¹ Actualmente derogado por la disposición derogatoria única.1 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

y comparando los precios y las condiciones concretas del servicio con las ofertas de otras líneas aéreas⁴¹².

La calificación de una compañía como aerolínea de bajo coste, es decir de aquellas en que su actividad económica se realiza a través del comercio electrónico no las exonera del cumplimiento de los requisitos que se establezcan para poder realizar su actividad por medios tradicionales, así como tampoco podrá implicar que se les imponga obligaciones adicionales por el mero hecho de operar por internet. Quizás por la política de ahorro de las aerolíneas de bajo costo es que estas compañías han incluido en el condicionado general de sus contratos insertos en sus páginas de Internet una serie de cláusulas que merecen nuestra especial atención, primero porque resultan aplicables sólo a los supuestos de celebración de contratos de transporte aéreo por medios electrónicos; y, segundo por los pronunciamientos que a su respecto han emitido los Tribunales españoles⁴¹³.

Nos referiremos en concreto a tres tipos de cláusulas incluidas por las compañías en los contratos de transporte aéreo, respecto de las cuales se discute su carácter abusivo o no. Nos referiremos en concreto a dos cláusulas de este tipo: la cláusula de impresión del billete de pasaje y la tarjeta de embarque emitidas electrónicamente; y las cláusulas punto a punto.

9.2.- La cláusula de impresión del billete de pasaje y la tarjeta de embarque emitidos electrónicamente

Se trata de analizar la situación a que ha dado lugar la inclusión en el clausulado general de los contratos de transporte insertos en Internet de algunas

⁴¹² MARTÍN OSANTE, José Manuel; -"Transporte aéreo low cost: información precontractual y cláusulas abusivas", en Profili giuridici del trasporto aereo low cost, AAVV (DEIANA, Massimo, coord.), Edizioni AV, 2013, pp. 146-147.

En el Derecho chileno el deber de información

⁴¹³ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, Contratación del transporte aéreo low cost en internet", op cit. p.199.

compañías aéreas⁴¹⁴, que anuncian el cobro de un cargo por emisión de billete, denominada cláusula “*service fees*”⁴¹⁵ y aquella que establece una penalización para el pasajero que no imprima su tarjeta de embarque.

Sobre ambas cláusulas se ha discutido la procedencia o no, de la aplicación de la normativa de consumidores, para una vez determinado ello, abordar el problema de si estas condiciones corresponden o no, a una condición general de la contratación y más concretamente, si constituyen un tipo de cláusula abusiva.

Una primera forma de entender el problema es que la inclusión de la referida condición, no constituye un caso de cláusula abusiva. A este respecto existe un fallo del año 2006 dictado por el Juzgado en lo Mercantil nº 7 de Madrid de 14 de noviembre de 2006 en que sobre la inclusión de la cláusula el tribunal señaló que: “*se trata de una parte del precio del billete, que se ha desglosado para especificar el valor que se imputa a un servicio que presta el transportista, servicio vinculado a una obligación principal del contrato, como es la emisión del billete,*

⁴¹⁴ A partir de enero de 2004, Iberia, Spanair, y Air Europa, así como algunas asociaciones de agencias de viajes constitutivas de la Cúpula Asociativa de Agencias de Viaje Españolas (CAAVE), comenzaron a cobrar un recargo por la simple emisión de billetes aéreos que oscilaba entre 12 y 96 euros, según el destino del vuelos, la clase elegida, el tipo de billete (papel o electrónico) y la forma de compra (telefónica, en oficinas o por Internet). Iberia y Spanair llegaron a aplicar un segundo recargo por importe de 15 euros si el usuario solicitaba un billete en papel en lugar de su versión electrónica. La inclusión de la cláusula no sólo tiene incidencia en materia de defensa de los consumidores y usuario, sino que también en materia de defensa de la competencia. En tal sentido el Tribunal de Defensa de la Competencia (sentencia de 26 de julio de 2006), analizó si las referidas aerolíneas y las asociaciones que integraban CAAVE, habían incurrido en conductas contrarias al art. 1 de la Ley de Defensa de la competencia, ante la eventualidad que la inclusión de los recargos por la emisión de billetes se hubiera llevado a cabo mediante algún acuerdo entre los agentes que prestan servicios de intermediación en el transporte aéreo. BRENES CORTES, Josefa, “Análisis de la cláusula general de cargo adicional por la emisión de billetes aplicada por las aerolíneas desde la perspectiva de la Ley de condiciones generales de la contratación y la Ley general de consumidores y usuarios”, en *Estudios de Derecho aeronáutico y espacial*, AAVV (FOLCHI Mario; GUERRERO LEBRÓN, María; MADRID PARRA, Agustín, coord.), Marcial Pons, 2008, pp. 117 a 120.

⁴¹⁵ Bajo esta expresión algunas líneas aéreas facturan a los pasajeros lo que formalmente constituyen unos servicios de tramitación, asesoramiento, reserva o gestión de pago, que realmente se reducen al cobro de una cantidad por emisión del billete de pasaje electrónico o por la facturación en línea. -“Transporte aéreo low cost: información precontractual y cláusulas abusivas” en *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, AAVV (DEIANA, Massimo, coord.), Edizioni AV, 2013. P.171

*prestación que comporta un valor añadido a la obligación principal, que es inescindible de la misma y del que se beneficia el consumidor*⁴¹⁶.

El juzgado excluyó el carácter abusivo de la cláusula al considerarla que aludía a una obligación esencial del contrato (emitir el billete de pasaje) y que al ser integrante del precio, la legislación protectora de los consumidores en materia de condiciones generales no resultaba aplicable, ya que al haber sido especialmente tenida en cuenta por el adherente, había sido objeto de control por los mecanismos del mercado y debía ser por tanto una cuestión que debía quedar remitida a la voluntad de los contratantes, evitando de esta forma un intervencionismo legal o judicial que pudiera entorpecer injustificadamente el juego de tales mecanismos⁴¹⁷.

En sentido contrario, otra sentencia del año 2006, de 01 de septiembre, pronunciada por el Juzgado en lo Mercantil nº1 de la provincia de Málaga, consideró nulas por abusivas ciertas cláusulas de *Spanair*, que prevenía en la condición 3.3.1, un cargo por emisión de billete electrónico de 13 euros para las reservas realizadas a través del sitio web www.spanair.com, con destino a Península, Baleares y Canarias; y la cláusula condición de reserva 5.5 conforme a la cual se establecía que la compañía aplicaría un cargo por emisión de billete electrónico de 13 euros para aquellas reservas realizadas a través de su sitio web.

Señaló el tribunal que: *“Si el gasto que genera la emisión del billete es necesario y obligatorio por ley para la realización del transporte, no puede ser separable del servicio, no teniendo sentido que se desprendan de la tarifa y la expedición del billete y su entrega como conceptos separados de su objetivo. Por otra parte es inadmisibles que la aerolínea se conduzca como un intermediario del*

⁴¹⁶ ELIZALDE PEÑA, Javier, “Los derechos de los pasajeros en el contrato de transporte aéreo”, en *Estudios de Derecho aeronáutico y espacial*, AAVV (FOLCHI Mario; GUERRERO LEBRÓN, María; MADRID PARRA, Agustín, coord.), Marcial Pons, 2008, p. 110.

⁴¹⁷ BRENES CORTES, Josefa, “Análisis de la cláusula... BRENES CORTES, Josefa, “Análisis de la cláusula...”, op.cit. p.130.

*servicio que presta, ya que el objetivo social de su operación es transportar personas y lleva intrínseco entregar billetes*⁴¹⁸.

Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Málaga en fallo de 17 de diciembre de 2007. La Audiencia entendió que el recargo por emisión suponía un costo fijo, independiente del precio final del pasaje, impuesto por la compañía sin otorgar contraprestación alguna, que implicaba que el pasajero asumiera los gastos de documentación del contrato sin que fuera posible para el pasajero aceptar o rechazar voluntariamente ese recargo, lo que era contrario a los arts. 92º LNA, 3ºCV, y a las reglas 22 y 24 de la disposición Adicional Primera de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

Spanair interpuso un recurso de casación sustentado en el hecho de que, a su juicio, el precio del pasaje era de libre fijación, sin que pudiera someterse al control de legalidad del condicionado general; que el pasajero había realizado la reserva del billete por Internet y que una cosa era el contrato de transporte y otra distinta la reserva, que venía a constituir una suerte de servicios de intermediación como los realizados por las agencias de viaje; que el importe de ese servicio (distinto al del transporte aéreo) era conocido por el cliente quien libremente había querido contratar por el sitio web; y que existía un error en la nomenclatura de la cláusula que correspondía a una deficiente interpretación de la expresión “*services fees*”.

El Tribunal Supremo, en sentencia pronunciada por la Sala Primera, de 12 de diciembre de 2011, desestimó la casación interpuesta por la compañía, fundada en el hecho de que el contrato de transporte aéreo es una convención sometida a condiciones generales, y que conforme lo dispuso en su momento el TJCE (en fallo de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08), los Estados miembros pueden imponer normas más estrictas para la protección de los consumidores,

⁴¹⁸ ELIZALDE PEÑA, Javier, “Los derechos de los pasajeros”, op. cit. p. 110.

considerando además que el Ordenamiento Español permite el control de legalidad de la adecuación del precio y la retribución (que se incluye en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE). Señaló además que en el caso de autos, quedaba clara la falta de prestación por parte de la compañía de transporte en el cargo por emisión.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Supremo, a diferencia de cómo lo sostuvo la Audiencia Provincial de Málaga, no consideró que la cláusula incorporada en las condiciones generales de Spanair mereciera el calificativo de abusiva, más aún, señaló que si bien es cierto que la LNA y el CV obligaban al transportista a entregar el billete de pasaje a la otra parte del contrato, no le impone a la compañía soportar los gastos de tramitación y documentación del contrato o los que a ellos sean equiparables.

El Tribunal Supremo desestima la casación, pero fundado en el hecho de que de que la compañía no logró acreditar el cumplimiento de los deberes de información precontractual, ni el hecho de que la consumidora haya consentido contratar por el procedimiento elegido con pleno conocimiento de que ello implicaba un aumento de lo que debía abonar a la transportista.

Sin perjuicio del resultado del recurso, se ha planteado lo erróneo que en esta sentencia resulta el planteamiento del tribunal⁴¹⁹, por cuanto el problema no es si la compañía cumple con la obligación de emitir el billete de pasaje cuando lo hace en formato electrónico, sino que lo discutido es si al pasajero se le está cobrando el abono de los gastos de comercialización, o se le está cobrando el pago de unos servicios adicionales de gestión distintos del mero envío o remisión del documento de transporte, imponiéndole por tanto el pago de una determinada

⁴¹⁹MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, “Algunas consideraciones acerca de la inclusión por parte de las compañías aéreas de una partida específica en la tarifa por la impresión del billete (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1º, de 12 de diciembre de 2011 -RJ 2012/37-),” en *Revista de Derecho del Transporte. Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, RDT, 2012, nº9, pp.348 a 354.

cantidad que no corresponde a una contraprestación adicional de ningún tipo⁴²⁰, y que es una obligación que inexcusablemente corresponde al transportista, por lo que sería a él a quien le correspondería financiar su cumplimiento conforme lo disponen los arts. 1094 y 1168 del CC español.

Si el abono de los cargos por emisión del billete fueran necesarios y obligatorios para la adquisición, este debe ser considerado como un gasto del transporte, cualquiera sea el soporte en que se emita, sin que sea posible la imposición de costes adicionales por el hecho de emitir el documento⁴²¹.

Lo anterior se ve confirmado en el marco normativo europeo por lo establecido en Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, que protege los derechos de los usuarios del transporte aéreo al garantizar la información y transparencia de los precios de los billetes de pasaje, dado que impone a las compañías aéreas la obligación de indicar en todo momento, incluso en los procesos de compra por internet el precio final completo del transporte de personas, además de regular el régimen de incorporación al contrato de transporte aéreo de personas otros servicios opcionales como el seguro de cancelación de vuelo u otros similares, siendo requisito imprescindible para que se produzca dicha incorporación, la aceptación expresa por parte del pasajero de la inclusión de estos servicios opcionales⁴²².

Así se reconoce además por parte de la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de diciembre de 2011, que lleva por título: *“Perspectiva europea sobre los pasajeros. Comunicación*

⁴²⁰ En efecto a juicio del Juzgado en lo Mercantil n° 1 de Barcelona, en sentencia de 10 de enero de 2011, una cláusula de este tipo es abusiva, por cuanto si la compañía cobra tasas o penalizaciones por tener que cumplir con sus propias obligaciones, inherentes al contrato de transporte genera una desproporción o desequilibrio en las prestaciones en contra del consumidor

⁴²¹ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, Contratación del transporte aéreo low cost en internet”, op cit. p.199.

⁴²² MARTÍN OSANTE, José Manuel; “Transporte aéreo low cost” op cit. p. 174.

sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte⁴²³, en la que se advierte la necesidad de que con independencia del formato del billete y dado que el mismo puede considerarse como un título de legitimación que da derecho al transporte debe abarcar todas las características indispensables de un servicio de transporte; su precio y al menos un resumen de las condiciones aplicables⁴²⁴.

Para esta comunicación los derechos de los pasajeros se basan en tres pilares: la no discriminación, una información exacta, oportuna y accesible, y una asistencia inmediata y proporcionada, de los que se derivan, a su vez, diez derechos básicos entre los que se encuentra el derecho a información sobre el contrato de transporte, y en cuya virtud, los viajeros deben conocer los términos y condiciones del contrato de transporte suscrito antes de la adquisición efectiva del billete. En definitiva, deben conocer sus derechos, obligaciones, las normas de calidad del servicio de transporte, o al menos tener la posibilidad de hacerlo. Un aspecto que se destaca especialmente en la Comunicación es la información que debe darse al usuario sobre el precio total del billete y los servicios incluidos en él por parte del operador de transporte, lo que ha sido calificado como un mero problema de transparencia. Es necesario que los usuarios puedan saber con relativa facilidad el coste final del servicio de transporte que pretenden contratar con el fin de que sepan con certeza su coste, y pueden compararlo fácilmente con el servicio ofrecido por otros operadores, favoreciendo así la competencia en el mercado⁴²⁵.

Para poder calificar la cláusula de impresión del billete de pasaje como una cláusula abusiva, debe ser aplicable a su respecto la normativa española sobre la

⁴²³ Sobre esta comunicación *vid* GARCÍA ÁLVAREZ, Belén, “Los derechos de los viajeros en la unión europea: a propósito de la comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo de 19 de diciembre de 2011”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2.

⁴²⁴ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, Contratación del transporte aéreo low cost en internet”, *op cit.* p.204.

⁴²⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, Belén, “Los derechos de los viajeros en la unión europea, *op.cit.* p.290

protección de los consumidores y sobre contratación electrónica contenida en la LGDCU y en la LSSICE.

A lo anterior podemos responder afirmativamente a partir de la constatación de que en la contratación del transporte aéreo de personas por Internet que realizan las empresas *low cost*, se plantea en la práctica el problema jurídico de la información precontractual que se debe facilitar al pasajero, y que no siempre es proporcionada por estas compañías en forma transparente. Las aerolíneas de bajo coste redactan e imponen ciertas cláusulas a los pasajeros cuya licitud resulta dudosa, encontrándose entre ellas las que establecen un cargo económico adicional por la emisión del billete electrónico⁴²⁶. Si se tiene en cuenta que las normas del comercio electrónico parten del respeto más absoluto al resto de disposiciones legales comprendidas en el ámbito normativo coordinado, así como de aquellas que sin estar incluidas en él tienen como objetivo la protección de los intereses de los consumidores, es fácil concluir que la protección de los adquirentes de billetes de pasaje aéreo a través de internet se logra conjugando las normas específicas del transporte aéreo, las tuitivas de los consumidores, las relativas a las condiciones generales de la contratación y las específicas de los contratos a distancia⁴²⁷

Derivado de lo anterior digamos que la calificación de abusiva de la cláusula por la que se impone un recargo económico al pasajero por la emisión del billete de pasaje electrónico, en el Derecho español, se puede afirmar a partir de lo dispuesto en el artículos 82.1 LGDCU, que define cláusula abusiva como *“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*, al art. 89.3

⁴²⁶ MARTÍN OSANTE, José Manuel; “Transporte aéreo low cost, op cit. p.167.175

⁴²⁷ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, Contratación del transporte aéreo low cost en internet”, op cit.197.

LGDCU⁴²⁸ conforme al cual es cláusula abusiva: *“La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario...”*, al art 89.5 LGDCU que le otorga el mismo carácter a: *“Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”*, y al art 63.2 LGDCU relativo a la confirmación documental de la contratación realizada que prescribe que: *“Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera”*, normas que resultan aplicables a todos los contratos de consumo.

Problemas similares a los referidos para el billete de pasaje, y que pueden ser analizados en base a los mismos argumentos indicados, se han producido en cuanto a la tarjeta de embarque, en concreto por la imposición de algunas compañías de la obligación de imprimirla, bajo riesgo de penalización si se llevara al momento de abordar el vuelo⁴²⁹.

⁴²⁸ Que mantienen su redacción y numeración en el TRDCU después de la dictación de la ley 3/2014

⁴²⁹ Por ejemplo, de acuerdo lo disponen los Términos Generales y Condiciones de Transporte, de Ryan Air, que en su art.6.2 establecen que:

“Se requiere a todos los clientes hacer la facturación online en www.ryanair.com e imprimir sus tarjetas de embarque, excepto las tarifas Business Plus que incluyen facturación gratuita en el aeropuerto (para más información sobre el uso de las tarjetas de embarque móviles pulse aquí).

La facturación online se abre 30 días antes de cada hora de salida programada del vuelo para los clientes que adquieran un asiento asignado. Los clientes se pueden asignar un asiento de forma gratuita si la facturación online se hace entre los 7 días y 2 horas antes de cada vuelo reservado. Si opta por no seleccionar y comprar un asiento y se le han asignado asientos que no estén juntos, por favor póngase en contacto con nuestro centro de llamadas para tratar de ayudarlo, también puede pulsar aquí para chatear con un agente.

Una vez que el pasajero haya facturado online puede volver a imprimir o descargar sus tarjetas de embarque hasta (2) horas antes de la salida programada de cada vuelo. Cada tarjeta de embarque se debe imprimir y presentar en una página individual de tamaño A4 o mostrarse en la aplicación móvil de Ryanair. Los clientes que no facturen en línea dentro de los plazos establecidos (excepto los clientes Business Plus) tendrán que abonar un cargo de facturación en el aeropuerto, por el importe indicado en nuestra Tabla consolidada de cargos. Los clientes que no presenten una tarjeta de embarque en el aeropuerto (en papel o móvil) tendrán que abonar un cargo por emitir de nuevo la tarjeta de embarque, por el importe indicado en nuestra Tabla consolidada de cargos”

A este respecto, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (en sentencia de 10 de enero de 2010), consideró esta cláusula como abusiva, decisión recurrida ante la Sección 15 de la Audiencia Provincial de la misma ciudad, que en sentencia de 05 de octubre de 2011, revierte tal decisión negándole tal calificación a esta cláusula, sin perjuicio de un voto particular en contra.

El Juzgado de lo Mercantil razona sobre la base de que la obligación de expedir el billete de pasaje le corresponde al transportista principalmente basándose en el art. 82 del LGDCU, por cuanto imponer mediante una cláusula esa obligación al pasajero alteraba las condiciones contractuales básicas, producía un desequilibrio en las prestaciones, limitaba los derechos del consumidor y finalmente resultaba desproporcionada⁴³⁰, condenando a la línea aérea devolver los 40 euros que a título de penalización tuvo que pagar el pasajero.

La Audiencia provincial de Barcelona, expone que billete de pasaje y tarjeta de embarque cumplen distintas funciones, aceptando que el porteador cumple esta obligación siguiendo el *modus operandi* establecido por la compañía y aceptado por el pasajero al manifestar su conformidad con lo dispuesto en las condiciones generales de la aerolínea.

Para el tribunal, imponer al pasajero la obligación de imprimir la tarjeta de embarque no es un gravamen desproporcionado que implique un desequilibrio importante entre las prestaciones de una y otra parte, o limite de manera injustificada los derechos del consumidor o usuario en los términos del art. 82 TRDCU.

⁴³⁰ Sin perjuicio de lo anterior el Juzgado consideró además que aun cuando el art. 3 CM no lo indica expresamente, si se podía desprender que la obligación de emitir el billete pesaba sobre el transportista según lo dispuesto en los apartados nº2 y nº 3 de la misma disposición; el art 3º CV, (que sí dispone que el porteador está obligado a expedir un billete de pasaje); el art. 92 de la LNA, la costumbre mercantil y la jurisprudencia.

En su opinión, la cláusula de penalización estimula el cumplimiento de dicha obligación sin que pueda considerarse excesivo el importe de cuarenta euros exigido por la compañía. A juicio de la audiencia *“se trata en definitiva, de un pacto amparado por la libertad contractual (art. 1255 CC) del que el pasajero es suficientemente informado y cuya aplicación (de la cláusula penal) puede evitar con una mínima diligencia (entrar en la web de Ryanair, imprimir la tarjeta y no olvidar llevarla consigo al aeropuerto)”*.

Sin perjuicio de la decisión de mayoría, el voto particular de la sentencia discrepa de lo resuelto por cuanto, a su juicio, el hecho de que la cláusula sea conocida por el consumidor, no evita que pueda ser considerada como abusiva.

En opinión del magistrado que formula el voto, analizando los arts. 82 y 86 TRDCU, resulta que es abusiva cualquier alteración de los derechos que las normas jurídicas (tanto imperativas como dispositivas) conceden al consumidor. El derecho dispositivo es una medida del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero es posible alterar lo previsto en él, siempre y cuando se sustituya por una regulación equilibrada de los intereses involucrados. Para este voto, se le está imponiendo al pasajero la obligación de utilizar sus propios medios para obtener en papel la tarjeta de embarque, y aún cuando realizar los pasos necesarios a través de internet para proveerse de la tarjeta de embarque puede que no sea complejo, no puede incentivarse el cumplimiento de la obligación por medio de una sanción pecuniaria. Si bien puede resultar beneficioso para los pasajeros el ahorro de costes y personal, prescindiendo de un encargado de emitir el documento, el transportista debe hacer entrega de la misma y no sólo limitarse a emitirla.

A su juicio la cláusula es abusiva al ser contraria a la buena fe por alterar las obligaciones sin más razón que reportar un beneficio al predisponente. Advierte el magistrado que se puede saber si la penalización de 40 euros resulta excesiva o no, puesto que es probable que la compañía no incurra en gastos por

el hecho de emitir cada tarjeta, pero si resulta desproporcionado que la multa supere el precio de la prestación del transporte, lo que podría suponer para el pasajero consumidor la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta por no cumplir sus obligaciones⁴³¹, lo que finalmente transforma a la cláusula en abusiva.

Aunque el transportista es libre de establecer aquellas condiciones que estime pertinente de incluir en el contrato de pasaje, desde la óptica de la protección del consumidor, que como parte contratante más débil es la que debe tenerse en cuenta, es indiscutible que ni la publicidad de la cláusula ni el precio de la prestación principal pueden justificar el desequilibrio de derechos y obligaciones proveniente de una cláusula contractual como la que exige al pasajero la impresión de la tarjeta de embarque, la que por tanto, debería ser considerada abusiva, y por ende nula, conforme al art. 83.1 TRDCU. Sin perjuicio de lo anterior, la calificación de abusiva de la cláusula no quita que la conducta de Ryanair pueda ser considerada como desleal para el Ordenamiento español, conforme lo establece el art. 15.1 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD)⁴³², que considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva (y significativa) adquirida mediante la infracción de las leyes, si se llegare a entender que con la infracción de la normativa que impone la obligación de emitir la tarjeta de embarque y entregarla al pasajero, y al transmitir esa obligación al consumidor, la compañía se puede permitir prescindir de gran parte del personal de tierra, reduciendo sus costes y facilitándole de ese modo, ofrecer precios más competitivos en el mercado, dejando en desventaja a aquellos operadores que sí cumplen tal obligación; y, por aplicación de la cláusula general del art. 4 LCD⁴³³,

⁴³¹ Art. 85.6 TRDCU

⁴³² De 11 de enero de 1991

⁴³³ En virtud de la cual se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe

por afectar el comportamiento del consumidor a costa de imponerle por medio de la impresión de la tarjeta de embarque, obligaciones que no le corresponden⁴³⁴.

9.3.- El problema de las cláusulas punto a punto

Incorporadas por las compañías *low cost* en sus condicionados generales en internet, se refiere a que estas aerolíneas realizan vuelos sin escalas ni conexiones entre los vuelos, y que por lo tanto, no ofrecen ni pueden facilitar la transferencia de los pasajeros o de sus equipajes a otros vuelos, tanto si los operan ellas mismas como si son operados por otros transportistas⁴³⁵.

Estas cláusulas se originan en la definición hecha por las propias compañías de ser líneas aéreas de punto a punto⁴³⁶, es decir, que no actúan como organizadoras de viajes; que no se ocupan de ninguna escala que el pasajero tenga que realizar; que no se hacen responsables por la pérdida del enlace o vuelo en conexión que éste pueda sufrir, pues incluso suelen prever en sus condiciones generales que se declaran irresponsables por la pérdida de otros

⁴³⁴ CANO ORTEGA, Cristina, "Cláusulas abusivas en el contrato de transporte aéreo: la exigencia de la impresión de la tarjeta de embarque", en *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, 2013, p.220 a 233,

⁴³⁵ En tal sentido, MARQUEZ LOBILLO, Patricia, "Contratación del transporte aéreo low cost...", op. cit. p.221

⁴³⁶ Por ejemplo la cláusula decimoséptima de las condiciones generales de Ryanair indica: *"Somos una compañía aerolínea "de punto a punto". Por tanto, no ofrecemos y no podemos facilitar la transferencia de pasajeros o de su equipaje a otros vuelos, tanto si los operamos nosotros u otros transportistas"*; o la cláusula 7.1 de las condiciones generales de Vueling que señalan: *"En caso de que el Pasajero compre dos o más Vuelos punto a punto, es responsabilidad del propio Pasajero dejar el tiempo suficiente para poder recoger el equipaje del primer vuelo –en su caso-, volver a facturarlo, pasar el control de seguridad y pasaportes y llegar hasta la puerta de embarque del segundo y/o siguiente vuelo. Cada Vuelo punto a punto constituye un contrato de transporte diferenciado, por lo que Vueling no asume ninguna responsabilidad por el transporte de enlace perdido. Cuando el Pasajero reserve un Billete de Conexión deberá cerciorarse del tiempo requerido para realizar la conexión y tomar todas las medidas oportunas que le permitan desembarcar del avión y dirigirse a la puerta de embarque del siguiente vuelo en tiempo suficiente para realizar el nuevo embarque."*

En conexiones de duración inferior a 50 minutos, se recomienda al Pasajero que reserve un asiento en las filas delanteras del avión que le permita ser de los primeros pasajeros en desembarcar. Vueling no asumirá ninguna responsabilidad por la pérdida del vuelo en conexión por causa imputable al Pasajero".

servicios adicionales que les presten terceros como trasbordos en otros medios de transporte, reservas de alojamiento, o alquiler de vehículos⁴³⁷

La legalidad de este tipo de cláusulas ha sido analizada por la Sentencia del Juzgado en lo Mercantil de Granada de 9 de marzo de 2010, en que el asunto debatido se centró, tras abordar en forma prolija la diferencia entre los supuestos de retraso y cancelación de vuelos, en la reclamación por daños y perjuicios que el actor ejercitó como consecuencia del retraso en la llegada de un vuelo, que le supuso la pérdida de otro vuelo que le permitía llegar a su ciudad de origen; y, la defensa de la compañía demandada, fundada principalmente en que no realizaba trasbordos no conexiones entre vuelos y que tal circunstancia se advertía en el condicionado general de sus contratos de transporte⁴³⁸.

Esta situación finalmente es reconocida por el juzgador sobre la base de la libertad contractual y la libertad de empresa, lectura que no es correcta por cuanto estas cláusulas crearían un desequilibrio evidente de las prestaciones de las partes e infringirían el régimen imperativo de responsabilidad del contrato de transporte aéreo de personas legalmente previsto, principalmente en el Reglamento (CE) n° 261/2004 y en el CM, además del hecho de que limitan los derechos básicos del consumidor (art. 82.4 TRDCU), como es su derecho de compensación en caso de incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del contrato por parte del empresario (art. 86.1 TRDCU⁴³⁹), por lo que estas cláusulas deberían considerarse nulas por abusivas⁴⁴⁰.

10.- LA JURISDICCIÓN EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

⁴³⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, Belén, "Las cláusulas punto a punto en el contrato de transporte aéreo *low cost*", en *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, AAVV (DEIANA, Massimo, coord.), Edizioni AV, 2013, p.270

⁴³⁸ MARQUEZ LOBILLO, Patricia, "Contratación del transporte aéreo *low cost*", op. cit. p.221

⁴³⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, Belén, "Las cláusulas punto a punto en el contrato de transporte aéreo *low cost*", en *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, AAVV (DEIANA, Massimo, coord.), Edizioni AV, 2013, p.283,

⁴⁴⁰ *Idem* n° 426.

CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

10.1.- Consideraciones generales

El transporte aéreo se caracteriza por una gran aceptación de sus normas en el concierto internacional⁴⁴¹, lo que hace que la cuestión de la legislación aplicable, sobre todo en materia de responsabilidad del transportador aéreo, tenga una menor importancia que la dificultad que sí representa determinar la jurisdicción competente frente a un caso particular⁴⁴².

Lo anterior se deriva del hecho insoslayable de que tanto el CV como el CM establecen en el art. 28 y en el art. 33 respectivamente una pluralidad de jurisdicciones posibles para accionar a elección del demandante⁴⁴³, produciendo dificultades acerca de cómo se interpretan y aplican correctamente algunas de estas posibilidades.

Si a lo descrito añadimos como elemento a considerar el hecho de que el contrato de transporte aéreo se hubiera celebrado por medios electrónicos, se produce un problema de la determinación del tribunal competente aun mayor que el que pudiera desprenderse de la celebración por medios tradicionales, atendida las particularidades propias de la contratación telemática.

⁴⁴¹ Lo que se consiguió con la adopción del Sistema de Varsovia, que dio lugar a la conformación de un sistema legal unificado, estable y predecible, que permitiera el florecimiento y desarrollo de la incipiente industria aeronáutica. LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, "La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte", en *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal* n° 4, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.1, Copia Electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1640881>
Aéreo Internacional de Pasajeros"

⁴⁴² En efecto, de las pocas ocasiones en que el CV se remite a una ley nacional, lo hace a la ley del tribunal que está conociendo del asunto y si bien dicha técnica produce un efecto contrario a la uniformidad, ha logrado producir una depuración de la técnica empleada en la redacción de los Tratados que termina por eliminar dichas remisiones. GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.346.

⁴⁴³ La existencia de foros alternativos demuestra un diseño especialmente preparado para proteger al pasajero en cuanto parte débil del contrato. BALLESTEROS BARRADOS, ANGEL, "Responsabilidad en el Transporte Aéreo Internacional de Pasajeros: Calificación y Forum Shopping", en *Cuestiones Actuales del Derecho Aéreo*, AAVV (GUERRERO LEBRÓN, MARÍA JESÚS, coord.), Marcial Pons, 2012, p.295.

Centraremos nuestro análisis a partir las jurisdicciones establecidas en el CV y en el CM ya que si el problema lo abordáramos solamente desde la perspectiva del Derecho chileno, *a priori* no existirían grandes dificultades. En concreto, en el ordenamiento chileno, el CA no establece norma alguna de competencia para las acciones emanadas del contrato de transporte aéreo, salvo las derivadas de la denegación de embarque, cancelación de vuelos o grandes retrasos, que conforme lo dispone la nueva normativa sobre la materia contenida en la ley 20.831, en concreto el art 133F CA, corresponde a los juzgados de policía local⁴⁴⁴. No obstante lo anterior, no podemos soslayar que para el caso que se entienda que el contrato de transporte aéreo se trata de un contrato de consumidores, como en no pocos casos ha ocurrido a juicio de la jurisprudencia nacional⁴⁴⁵, y ante la situación que el contrato se hubiere celebrado por medios electrónicos en que no sea posible determinar el domicilio que corresponda a la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, el domicilio en que se hubiere cometido la infracción, o el domicilio en que se haya dado inicio a su ejecución, será igualmente competente, conforme lo establece el art. 50 inc. 2° de la LPDC⁴⁴⁶, el juez de policía local de aquella comuna en que resida el consumidor. Pero como advertimos, esta norma de competencia sólo será aplicada cuando se entienda que estamos ante un contrato de consumo⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ *Vid supra* 2.2.2

⁴⁴⁵ *Vid. supra* 3.1.1.1 de este trabajo

⁴⁴⁶ Artículo 50 A LPDC.- *Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.*

En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor.

Lo dispuesto en el inciso primero no se aplicará a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2° bis, emanadas de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la presente ley, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales.

⁴⁴⁷ Según Ballesteros (BALLESTEROS BARRADOS, ANGEL, "Responsabilidad en el Transporte Aéreo Internacional de Pasajeros: Calificación y Forum Shopping", op. cit., p.302) si se calificare el contrato de transporte de personas como un contrato de prestación de servicio celebrado con consumidores, serán competente los tribunales españoles conforme el art. 22.4 LOPJ, cuando la publicidad del contrato hubiese sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en

Sin perjuicio de lo indicado, y para otras acciones que puedan dirigirse en contra del porteador, de alguna de las disposiciones del CA⁴⁴⁸ no queda sino concluir que conforme a la regla general consagrada en el art. 134 del Código Orgánico de Tribunales (COT)⁴⁴⁹, es competente el juez del domicilio del demandado.

En el caso del Ordenamiento español, cuando no resulte aplicable ningún convenio internacional ni el régimen institucional de la Unión Europea, la competencia de los tribunales se determinará de acuerdo a las reglas contenidas en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), según las cuales los tribunales españoles serán competentes: a) cuando las partes se hayan sometido a ellas de forma expresa o tácita (art. 22.2 LOPJ); b) cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ); c) cuando las obligaciones del contrato

España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato.

En el caso argentino, para Feldstein y Scotti, en materia de jurisdicción directa en los contratos de consumo, la doctrina ha brindado diversas soluciones: 1) debe aplicarse la jurisdicción (y la ley) del domicilio del oferente, porque con ello se contribuye al desarrollo del comercio electrónico, ya que el juez y la ley del domicilio del consumidor obstaculizan excesivamente la actividad; 2) debe aplicarse el juez (y la ley) más favorable al consumidor, que es la del domicilio del oferente; 3) debe aplicarse el juez (y la ley) del domicilio del consumidor, siendo ella más favorable a sus intereses. Esta última posición es la mayoritaria. Sin embargo, para que opere este último criterio en general se ha requerido acumulativamente la concurrencia de otros contactos para admitir esa competencia, tales como: que la conclusión del contrato por el consumidor esté vinculada a las actividades del comerciante en el estado de residencia del consumidor, o a la oferta de negocio por medios publicitarios y que el consumidor haya obrado en ese estado lo necesario para concluir el contrato, esta vez en resguardo de la empresa en internet. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. Y SCOTTI, LUCIANA B. (2013), *La jurisdicción internacional en Los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de La jurisprudencia Francesa: Sébastien Robert c. Société Facebook inc* en *Ars Boni et Aequi* (año 9 n° 1) p. 275.

⁴⁴⁸ art. 2°.- Las aeronaves, sean nacionales o extranjeras, que se encuentren en el territorio o en el espacio aéreo chileno, y las personas o cosas a bordo de ellas, están sometidas a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales y de las autoridades chilenas; art. 5° inc.1°.- Las aeronaves civiles y de Estado chilenas, mientras se desplazan en el espacio aéreo no sujeto a la soberanía de ningún Estado, están sometidas a la ley chilena; art. 181.- Corresponde a la autoridad aeronáutica investigar administrativamente los accidentes e incidentes de aeronaves que se produzcan en el territorio nacional y los que ocurran a aeronaves chilenas en aguas o territorios no sujetos a la soberanía de otro Estado, sin perjuicio de las facultades que corresponden a los tribunales competentes

⁴⁴⁹ Art. 134 COT: En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones legales.

hayan nacido o deban cumplirse en España (art. 22.3 LOPJ) d) cuando el hecho que deriva el daño haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España (art.22.3 LOPJ)⁴⁵⁰.

En el ámbito de la Unión Europea, el régimen institucional interno se ve determinado por lo dispuesto en el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁵¹, y por el ya citado Reglamento (CE) 261/2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos⁴⁵².

El art. 71.1 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 establece la primacía de los convenios multilaterales sobre materias específicas que contengan normas de competencia judicial internacional al establecer que: *“El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones”*⁴⁵³, y agrega en el 71.2 que: 2. *“Con el fin de*

⁴⁵⁰ BALLESTEROS BARRADOS, ANGEL, “Responsabilidad en el Transporte Aéreo Internacional de Pasajeros: Calificación y Forum Shopping”, op. cit.p.302.

⁴⁵¹ Que reemplaza al Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000. No obstante, conforme lo dispone el art. 69.2 del Reglamento (UE) 1215/2012, el anterior Reglamento (CE) no 44/2001, continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 1215/2012.

⁴⁵² Al tratarse de supuestos de reclamación excluidos en el CV y en el CM. En tal sentido STJUE, 09 de julio de 2009 que en el asunto *PeteRehder c. Air Baltic Corporation* argumenta la aplicación del art. 5º Reglamento (CE) 44/2001 para la determinación de la competencia internacional al tratarse de una reclamación por cancelación de vuelo basada en las disposiciones del reg.261/2004 y no en el CM. BALLESTEROS BARRADOS, ANGEL, “Responsabilidad en el Transporte Aéreo Internacional de Pasajeros: Calificación y Forum Shopping”, op. cit. 298.

⁴⁵³ Esto no se cumplía claramente en el caso del CM a propósito de la aplicación del anterior Reglamento (CE) 44/2001. El art. 71 del Reg. 44/2001 establecía la primacía de los convenios multilaterales sobre materias específicas que contengan normas de competencia judicial internacional siempre que fueran anteriores a la entrada en vigencia del referido reglamento. El CM data de 1999, y entró en vigencia con posterioridad al referido Reglamento 44/2001, lo que llevó en su momento a defender la prevalencia de los foros de este por sobre los del CM. Sin perjuicio de lo

asegurar su interpretación uniforme, el apartado 1 se aplicará como sigue: a) el presente Reglamento no impedirá que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que sea parte en un convenio relativo a una materia particular pueda fundamentar su competencia en dicho convenio, aunque el demandado esté domiciliado en un Estado miembro que no sea parte en tal convenio. El órgano jurisdiccional que conozca del asunto aplicará, en todo caso, el artículo 28 del presente Reglamento”

Esta segunda condición dispuesta por el art.71.2a) del reglamento, según el cual el tribunal que conociere del asunto aplicará en todo caso el art. 28, se refiere al caso de que cuando una persona domiciliada en un Estado miembro fuere demandada ante un tribunal de otro Estado miembro y no compareciere, dicho tribunal se declarará de oficio incompetente si su competencia no estuviere fundamentada en las disposiciones del presente Reglamento”⁴⁵⁴ (art. 28.1 Reglamento [UE] 1215/2012).

La nueva normativa, establece la misma solución que el anterior Reglamento (CE) 44/2001, en cuanto cierra la puerta a cualquier intento de fijar la competencia en el contrato de transporte aéreo por la vía de entenderlos como un contrato de consumidores, ya que la sección 4⁴⁵⁵, en el art. 17.3, prescribe que la

anterior, y a partir del hecho de que la propia Comunidad Europea fuera parte de Montreal (incluidos todos los Estado que eran parte del Reglamento 44/2001), y la remisión hecha por el Reglamento (CE) 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de mayo de 2002 (por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente), en cuanto a la responsabilidad por accidente de una compañía comunitaria, ya existían argumentos para sostener que los foros del CM se encontraban incorporados al acervo comunitario. En tal sentido *vid.* BALLESTEROS BARRADOS, ANGEL, “Responsabilidad en el Transporte Aéreo Internacional de Pasajeros: Calificación y Forum Shopping”, op. cit. 296-297

⁴⁵⁴ Idéntica norma se encontraba en el antiguo Reglamento (CE) 44/2001 en el art. 26.1. Luego aún mantiene vigencia entonces la opinión de Guerrero Lebrón, para quien en virtud de este precepto, los demandados mediante su no comparecencia, pueden rechazar cualquier competencia fijada en un tratado internacional que no fuera coincidente con las que resultaren de aplicar las normas del Reglamento, lo que por vía indirecta supone consagrar la primacía de sus normas por sobre las de cualquier otro instrumento internacional instaurando lo que denomina un “legítimo” cauce para incumplir tratados internacionales como el CV o el CM. GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit. p.359

⁴⁵⁵ Que lleva por título: “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”

competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, no se aplicará al contrato de transporte salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento⁴⁵⁶.

10.2.- La jurisdicción en los Convenios Internacionales sobre transporte aéreo

El CV se ocupa de regular en el art. 28⁴⁵⁷ la competencia judicial de la que dispone un pasajero. Según esta disposición resultan competentes para conocer de una acción de responsabilidad derivada del contrato de transporte aéreo: los tribunales del estado contratante en cuyo territorio tenga su domicilio el porteador (primera jurisdicción); los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio tenga su establecimiento principal el transportista (segunda jurisdicción); los tribunales del Estado contratante donde el porteador posea un establecimiento por cuyo conducto haya sido celebrado el contrato (tercera jurisdicción); los tribunales del Estado contratante de destino (cuarta jurisdicción).

De inmediato podemos notar que se excluye como foro posible el del lugar de la ocurrencia del daño. Esto obedece al carácter internacional del transporte aéreo. En efecto, la actividad aérea se desarrolla sin que las fronteras de los Estados le representen obstáculo alguno y en numerosas ocasiones, un único itinerario atraviesa varias jurisdicciones y países distintos, los cuales en muchos casos tienen muy poco en común entre sí.

Lo anterior trae como consecuencia que el atribuir una jurisdicción utilizando el criterio del lugar de acaecimiento del suceso haría que debiese

⁴⁵⁶ Art. 17. 3 Reglamento 1512/2012, *“La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento”*.

⁴⁵⁷ Art. 28 CV: 1. *La acción de responsabilidad deberá suscitarse, a elección del demandante, en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, ya ante el Tribunal del domicilio del porteador, del domicilio principal de su explotación o del lugar donde posea un establecimiento por cuyo conducto haya sido ultimado el contrato, ya ante el Tribunal del lugar de destino.*
2. *El procedimiento se regulará por la Ley del Tribunal que entiende en el asunto.*

litigarse con frecuencia en lugares con respecto a los cuales ninguna de las partes interesadas y ni siquiera el Estado subyacente tuviera un interés relevante.

A ello se agrega el problema de los daños acaecidos en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado como por ejemplo en alta mar⁴⁵⁸ en consecuencia, de aceptar como foro el lugar de la ocurrencia del hecho, se perdería la uniformidad que subyace en la idea de adoptar estos instrumentos internacionales.

El CM en el art. 33.1⁴⁵⁹ reitera las cuatro jurisdicciones del CV, pero además incorpora una quinta jurisdicción de la que ya hablaba el Protocolo de Guatemala.

En concreto el art. 33.2 CM señala que: *“Con respecto al daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, una acción podrá iniciarse ante uno de los tribunales mencionados en el párrafo 1 de este artículo, o en el territorio de un Estado Parte en que el pasajero tiene su residencia principal y permanente en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial”*.

Esta modificación permitiría al demandante litigar en su país de residencia, pero sólo respecto a la indemnización del daño resultante de la muerte o lesiones

⁴⁵⁸ LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte”, op.cit. p.2

⁴⁵⁹ Artículo 33CM. Jurisdicción. 1. Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino.

del pasajero, por cuanto las restantes acciones de responsabilidad no se incorporan a este quinto foro.

La posibilidad de arbitraje está reservada tanto en el CV (art. 32) como en el CM (art. 34.1) para el transporte de mercancías, excluyéndose a propósito del transporte de pasajeros, lo que podría explicarse por la consideración de esta clase de transporte como un contrato de consumo en que se debe proteger a la parte más débil de la relación contractual, en este caso al pasajero⁴⁶⁰.

En el caso Del derecho chileno la posibilidad de arbitraje no resulta de fácil aplicación ni aún para el caso de calificar al transporte de pasajeros como un contrato de consumo ya que según lo establece el art 16 inc. 2° y 3° LPDC si en los contratos de adhesión se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos, en conformidad a las reglas del COT. En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo conforme a lo indicado, lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente”.

⁴⁶⁰Guerrero Lebrón sostiene que para estos fines hubiera bastado con utilizar la misma técnica con la que se permite el arbitraje en transporte aéreo de carga, que no quebranta en caso alguno la libertad de foro consagrada en las convenciones. En concreto la autora se refiere a que en el art. 32 CV se permite el arbitraje en transporte de mercancías siempre que “...*el arbitraje deba efectuarse en lugares de la competencia de los tribunales, previstos en el artículo 28 párrafo primero*” y al art. 34.2 CM el cual dispone que “*El procedimiento de arbitraje se llevará a cabo, a elección del reclamante, en una de la jurisdicciones mencionadas en el artículo 33*”, luego la autora demuestra su opinión favorable en cuanto a la admisión del arbitraje para el transporte aéreo de pasajeros atendida la tendencia de las instituciones comunitarias que recomiendan a las compañías aéreas la adopción de procedimientos sencillos y armonizados para la presentación de reclamaciones que tiendan finalmente a la implantación de mecanismos de resolución extrajudicial, recomendando para el caso que la solución sea el arbitraje recurrir ante órganos especializados y ya constituidos como la Corte Internacional de Arbitraje Aéreo y Espacial (CIAEE). GUERRERO LEBRON, María Jesús, *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., pp.361 a 365).

Este marco jurídico, que configura la posibilidad que tiene el demandante de escoger la jurisdicción aplicable conforme las posibilidades que le ofrezca la normativa, da lugar al fenómeno del *forum shopping* en virtud del cual el actor elegirá la jurisdicción que le resulte más favorable⁴⁶¹.

Con todo, las formas de entender las cuatros jurisdicciones tradicionales, la dificultad práctica y las limitaciones para hacer operar la quinta jurisdicción del CM, la imposibilidad de pactar arbitraje en el transporte aéreo de pasajeros y los art. 32 CV⁴⁶² y 49 CM⁴⁶³ que establecen la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de transporte aéreo o en acuerdos atributivos de competencia que sean anteriores a la producción del daño⁴⁶⁴, implica que esta aparente libre elección no sea absoluta.

⁴⁶¹LYCK, PETER; DORNIC, BENJAMIN A., "Electronic Ticketing under the Warsaw Convention: The Risk of "Going Ticketless on International Flights" en Air&Space Law, Vol XXII, n° 1, 1997, p.13 En el mismo sentido, GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.347, quien agrega que no sea de extrañar que esta institución sirva para poner de manifiesto la absoluta preeminencia de los tribunales norteamericanos que ejercen una potente atracción sobre los litigios relativos a la responsabilidad derivada del transporte aéreo.

⁴⁶² Art. 32 CV: *Serán nulas todas las cláusulas del contrato de transporte y todos los Convenios particulares anteriores al daño por medio de los cuales las Partes derogasen las reglas del presente Convenio, ya por determinación de la ley aplicable, ya por una modificación de las reglas de competencia. Sin embargo, en el transporte de mercancías se admitirán las cláusulas de arbitraje, dentro de los límites del presente Convenio, cuando el arbitraje deba efectuarse en lugares de la competencia de los Tribunales previstos en el artículo 28, párrafo primero*

⁴⁶³ Artículo 49 CM: *Aplicación obligatoria. Toda cláusula del contrato de transporte y todos los acuerdos particulares concertados antes de que ocurra el daño, por los cuales las partes traten de eludir la aplicación de las reglas establecidas en el presente Convenio, sea decidiendo la ley que habrá de aplicarse, sea modificando las reglas relativas a la jurisdicción, serán nulos y de ningún efecto.*

⁴⁶⁴Con todo, según Ballesteros nada impide interpretar que se reconoce implícitamente a las partes contratantes la posibilidad de designar al tribunal mediante una cláusula de sumisión expresa posterior al surgimiento del daño. BALLESTEROS BARRADOS, Angel, "Responsabilidad en el Transporte Aéreo Internacional de Pasajeros: Calificación y Forum Shopping", op. cit. p. 296. Lo establecido en los art. 32 CV y 49 CM a juicio de Guerrero Lebrón, guarda absoluta relación con la posibilidad de admitir el arbitraje en los contrato de consumo siempre que quede asegurada la protección del consumidor lo que se refuerza con lo dispuesto en las normas comunitarias de protección a los consumidores como la Directiva 93/13/CEE de Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que considera abusivas aquellas cláusulas que supriman u obstaculicen el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor cuando lo obliguen a dirigirse a una jurisdicción arbitral no cubierta por las disposiciones jurídicas. GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit, p.362.

10.3.- Los problemas de las jurisdicciones del CV y el CM. Su relación con la contratación electrónica del transporte aéreo

Un primer problema que pudiera plantearse, guarda relación con si la jurisdicción que se determina en virtud de los Convenios Internacionales corresponde a la de un determinado país o si esta implica identificar una concreta jurisdicción dentro de los límites nacionales.

A este respecto, existe jurisprudencia norteamericana⁴⁶⁵ en que el tribunal afirmó que la “unidad básica de referencia” del Derecho internacional, está dada por un determinado país y no por las divisiones administrativas internas del mismo, concluyendo que en el caso concreto la acción podía llevarse adelante ante los tribunales de cualquier lugar dentro de Estados Unidos.

En Francia la regla es la contraria, toda vez que el artículo 28 del Convenio de Varsovia debe ser interpretado como haciendo referencia a un determinado lugar dentro del país en cuestión. En tal sentido, existe la sentencia *Liberator c. Air France*, de la Corte de Apelaciones de París, en donde se resolvió que el “punto de destino” hace referencia concretamente al aeropuerto de llegada y no al lugar de destino en general, si aquél se encuentra fuera de la jurisdicción de éste⁴⁶⁶.

En el Ordenamiento chileno no existe norma alguna al respecto, luego la referencia deberemos entenderla a las reglas generales de determinación de competencia COT, esto es, el domicilio del demandado conforme lo prescribe el art. 134 COT, en donde el factor territorio es susceptible de disposición por las partes mediante la prórroga de competencia que se puede estipular por medio de cláusulas expresas o bien tácitamente, si así se desprende de la actitud de las

⁴⁶⁵ *Mertens v. Flying Tiger Lines* en que se concedió la jurisdicción a los tribunales americanos en forma general incluida la ciudad de Nueva York - como se proponía -, aun cuando dicha urbe no satisfacía ninguno de los requisitos de las cuatro jurisdicciones correspondientes al Convenio de Varsovia. LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte”, op.cit.p.3 y 4.

⁴⁶⁶ El mismo principio se ha venido aplicando, en Suiza, Italia Brasil. *Idem* n°366

partes, pero que sólo opera tratándose de tribunales de igual jerarquía en casos contenciosos civiles (art.182 COT)⁴⁶⁷. Para el caso que se entienda el transporte aéreo como un contrato de consumo la norma de competencia aplicar será la del art. 50A LPDC⁴⁶⁸.

De las distintas jurisdicciones posibles conforme a las normas del 28 CV y 33 CM, entendemos que en cuanto a la primera jurisdicción el “domicilio del transportista” quedará determinado por lo que indiquen sus estatutos.

Pudiera presentar alguna dificultad el factor de competencia de la segunda jurisdicción que alude al: “establecimiento principal el transportista”. A este respecto la doctrina americana entiende que usualmente se refiere al lugar donde el mismo posee su administración central, el cual no necesariamente será idéntico al lugar de su domicilio, término que ha ganado amplia aceptación y es utilizado con suma frecuencia en los acuerdos de servicios aéreos bilaterales. En Estados Unidos el concepto de “asiento principal del negocio” ha sido interpretado de manera amplia, pudiendo incluir tanto a oficinas del propio transportista como hasta a meros agentes de viajes que venden billetes de pasaje⁴⁶⁹.

La que mayor cantidad de problemas se presenta y la que más inconvenientes puede generar es la tercera jurisdicción, a propósito de la determinación del *“establecimiento del porteador por cuyo conducto haya sido celebrado el contrato”*. Dos son las principales dificultades que se observan, la primera se refiere a si una agencia de viajes en la que se hubiera adquirido un

⁴⁶⁷ En el caso español y ante la ausencia de jurisprudencia, para Guerrero (GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.351) no habría inconveniente en determinar la competencia conforme a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) las que al ser de naturaleza dispositiva aceptan los pactos de sumisión expresa y tácita con la salvedad de los dispuesto en el art. 54.2 LEC conforme al cual *“No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”*, norma que no existe en el ordenamiento Chileno

⁴⁶⁸ *Vid. supra* apartado 10 de este trabajo.

⁴⁶⁹ LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, *“La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte”*, op.cit. p.5

pasaje puede entenderse como el establecimiento del porteador en donde se ha celebrado el contrato y la segunda, a como se determina este supuesto de aplicación cuando el contrato se celebra telemáticamente.

En cuanto al primer problema, las diferencias se originan porque en la versión original del CV en francés, *établissement*, se entendía en forma estricta, mientras que la versión anglosajona, *place of business*, fue entendida de una forma mucho más amplia⁴⁷⁰. Si a lo anterior añadimos el hecho de que incluso las versiones en inglés correspondiente a Estados Unidos utiliza la expresión: *“has a through which the contract has been made”*, mientras que la versión empleada en el Reino Unido señala: *“has an establishment by which the contract has been made”*⁴⁷¹, entenderemos la dificultad que se presenta al respecto.

La designación del lugar donde se encuentra ubicado el establecimiento a través del cual se ha celebrado el contrato, ha sido generalmente interpretada como haciendo referencia al lugar donde el pasajero adquirió el correspondiente billete aéreo, lo que implica que dentro del concepto de “establecimiento” deban incluirse las agencias de viajes.

Lo anterior obedece a una razón histórica que guarda relación con la forma de distribución y contratación atinente a los tiempos en que se dictó el CV, en que la inmensa mayoría de los contratos se celebraban en forma presencial haciendo posible identificar absolutamente al “establecimiento” de la compañía con el lugar

⁴⁷⁰ GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.352.

⁴⁷¹ LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “*La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte*”, op.cit., p.7. La versión chilena del CM habla del lugar en que (el transportista) tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato. Los referidos autores (op.cit. p.22 a 25) indagan más allá e incluso analizan si por ejemplo una venta telefónica o por medio de un kiosco situado en un aeropuerto cumple los requisitos para configurar un establecimiento. Para las ventas telefónicas presentan dos opciones posibles. Para la primera toman como elemento concluyente para determinar el lugar donde se celebró la transacción el lugar en el que se encontraba el futuro pasajero al momento de haber realizado la llamada telefónica que concluyó con la adquisición del boleto, lo cual puede ser fácilmente precisable a su juicio. Para la segunda alternativa, estiman que la ubicación de la central de reservas sería el factor a tener en cuenta para establecer la jurisdicción aplicable, sin perjuicio de que esta última variante no estaría exenta de potenciales complicaciones.

de adquisición del boleto y al hecho de que al entenderlo de esta forma se estaría protegiendo a las víctimas⁴⁷².

El segundo problema se refiere a la forma de entender este elemento de la tercera jurisdicción ante el supuesto de que la celebración del contrato de transporte aéreo se hubiere efectuado por medios electrónicos. En concreto, cuál es el establecimiento u oficina del transportista por cuyo conducto se ha celebrado el contrato teniendo por establecido que la celebración del contrato por esta vía no puede privar al pasajero del ejercicio de sus derechos, es decir, no puede dejarlo sin la tercera jurisdicción⁴⁷³, luego, habría que identificar como establecimiento el lugar en que se encuentra el computador desde el que se ha accedido al sitio *web* donde se hizo la compra o bien asimilarlo al lugar (*host*) donde se encuentra el servidor de la aerolínea o de la agencia⁴⁷⁴.

Para esta segunda doctrina, ante la ausencia de una oficina o establecimiento, se podría considerar al servidor que alberga el sitio de Internet a través del cual se procesa la transacción como la “oficina” de la línea aérea, siendo el lugar de su ubicación el factor que determinaría la jurisdicción aplicable, ya que es este servidor el que almacena los datos de la transacción⁴⁷⁵.

⁴⁷² La fuerza del argumento subyacente en la tendencia clásica a identificar el lugar de negocios del transportista con el lugar donde se efectúa la venta del pasaje puede apreciarse claramente en el caso *Gutiérrez v. Avianca*, donde, resultó que los boletos aéreos para un viaje Colombia-Estados Unidos-Colombia fueron comprados por un amigo del pasajero en Nueva York, y materialmente puestos a disposición del viajero en Bogotá (Colombia) para iniciar el viaje. Al serle sometido a consideración el asunto, la Corte de Nueva York determinó que efectivamente tenía competencia para entender en el caso por cuanto el contrato había sido celebrado en dicha ciudad estadounidense. LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “*La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte*”, op.cit., p.8

⁴⁷³ Jurka Heinonen resume la idea al decir que: “*las líneas aéreas no se encuentran en su etapa naciente, y por ende no es necesario otorgar una protección especial que les permita esconderse detrás de los beneficios de los convenios, y al mismo tiempo usufructuar los beneficios de las nuevas tecnologías sin asumir los riesgos que les son propios*”, HEINONEN JURKA, “*The Warsaw Convention Jurisdiction and the Internet*”, *Journal of Law and Commerce*, 2000, vol.65, p.492

⁴⁷⁴ GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.353

⁴⁷⁵ HEINONEN JURKA, “*The Warsaw Convention Jurisdiction and the Internet*”, *Journal of Law and Commerce*, 2000, vol.65 p.485 y LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “*La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte*”, op.cit., p.30, quienes no obstante compartir este criterio advierten que esta solución no está libre de reparos ya que la ubicación del servidor puede encontrarse en lugares absolutamente remotos, desprovistos

Sobre el caso particular de la contratación electrónica del transporte aéreo y la competencia del tribunal llamado a conocer del asunto por las reglas de la tercera jurisdicción, en el emblemático pronunciamiento del caso *Polanski v/s KLM Royal Dutch Airlines* donde se resolvió que el lugar de celebración del contrato, al tenor del art. 28CV, es aquel donde se realiza el último acto esencial para su conclusión, que en el caso de los contratos por internet, corresponde al sitio donde el pasajero recibe la confirmación de la compra o del canje de millas acumuladas y que en la mayoría de los casos corresponde a la residencia del comprador, aun cuando el soporte informático de ventas por internet de la compañía pueda estar en otro país.

La Corte también sostuvo que si el transportista es miembro de una alianza, se entiende que tiene también un establecimiento mediante el cual se ha perfeccionado el contrato si otro miembro de la alianza, que emite el billete a su nombre, tiene un establecimiento por medio del cual se realiza la compra por internet⁴⁷⁶.

La cuarta jurisdicción permite demandar ante los tribunales del Estado parte del CM que sea el lugar de destino del transporte aéreo. Con respecto a esta jurisdicción existe consenso en que la expresión “lugar de destino” hace referencia al lugar correspondiente al punto final del viaje tomando en consideración la unidad total del mismo, descartando como posibles aquellos lugares donde concluyen los tramos individuales que componen el conjunto del itinerario, es decir, el alcance del término “destino” no debe ser interpretado en forma aislada⁴⁷⁷

siquiera de una mínima conexión con la línea aérea, el itinerario del pasajero, el suceso que dio origen al accidente, o el daño reclamado pues obedece más que nada a razones de costos y conveniencia tecnológica

⁴⁷⁶ TOMPKINS JR, GEORGE, N., “Internet Purchases and Article 28 of the Warsaw Convention”, en *Air & Space Law, Vol XXXI /1 (Febrero 2006)*, Página 79. Sobre el caso *Polansky* vid. LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “*La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte*”, op.cit., pp.31 y sgts

⁴⁷⁷ Esto quiere decir que para el caso de los itinerarios de ida y vuelta, el lugar de destino coincidirá necesariamente con el punto de partida. De tal manera, por ejemplo, en un itinerario Nueva York-Londres-Madrid-Roma-Nueva York, el único lugar de destino a los efectos de la aplicación del

La quinta jurisdicción del 33.2CM viene a ampliar la gama de posibilidades que tiene un demandante para iniciar una acción en contra del transportista, ya que, en abstracto y cumpliendo las condiciones establecidas en la norma le permitiría enderezar la acción ante su propio foro natural, es decir, el de su domicilio.

No obstante esta aparente apertura del CM, son las condiciones impuestas por la Convención las que hacen que hayan surgido una serie de críticas en su contra por la escasa utilidad que presenta en concreto⁴⁷⁸. En efecto, para que se pueda utilizar esta jurisdicción resulte habilitada se establecen ciertos requisitos limitantes. Primero, es aplicable solamente a los daños acaecidos a los pasajeros, dejando fuera de su aplicación todo lo referente a demora, daños, destrucción y pérdida del equipaje. Es decir, esta jurisdicción no aplica para aquellas situaciones en que sea necesario tramitar un reclamo que abarque a más de uno de esos ítems (lo que lo diferencia de la fórmula original prevista en el Protocolo de Guatemala de 1971), produciendo eventualmente un grave problema al actor quien deberá demandar en más de un foro, ni tampoco resulta aplicable a los reclamos relacionados con daños y demora con respecto al contrato de transporte aéreo de carga; segundo, el “domicilio del pasajero” debe constituir su residencia habitual y permanente al momento del accidente; En cuanto a la expresión “residencia principal y permanente” del pasajero, debe entenderse su morada fija y permanente, al momento del accidente cualquiera sea la nacionalidad del pasajero; tercero, el tribunal ante el que se pretenda entablar la acción debe

sistema de responsabilidad internacional será Nueva York, excluyéndose la posibilidad de ser considerados destinos las ciudades de Londres, Madrid o Roma, aun cuando el accidente que motive el reclamo haya tenido lugar en el tramo individual que finalizaba en alguna de ellas. LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “*La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte*”, op.cit., pp.8 y 9

⁴⁷⁸ En tal sentido GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.353. Críticas que abarcan desde la escasa utilidad práctica que tendrá, de lo complejo que resulta su formula normativa hasta que su fin último solamente ha sido permitir que los pasajeros norteamericanos puedan litigar en su país. Esto último por la sabida tendencia de estos tribunales a otorgar elevadas indemnizaciones. En tal sentido, ZUNARELLI, STEFANO, COMENALE PINTO, MICHELE, “*Manuale de Diritto Della Navigazione e dei Trasporti*, vol. 1, 2 edición, CEDAM, 2013,p. 457.

GUERRERO LEBRON, María Jesús; *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, op.cit., p.355

encontrarse dentro de un Estado parte del CM y para habilitar su procedencia se exige copulativamente que, sea un estado hacia o desde el cual el transportista explote servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial (como lo sería por ejemplo un acuerdo de código compartido), y, además, debe tratarse de un Estado en el cual el transportista realice sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados, o que son de su propiedad, o que son de propiedad de otro transportista con el cual mantenga un acuerdo comercial.

Como se puede observar la acumulación de requisitos, nos hace suponer a *priori* que la quinta jurisdicción no tendrá una importante aplicación práctica.

Con todo, y referido especialmente a la materia que no ocupa en la presente investigación, hay opiniones que creen que precisamente a partir de la utilización de las nuevas tecnologías, en concreto internet como canal de distribución directa del contrato de transporte aéreo, la quinta jurisdicción estaría llamada a aliviar la carga de definir el lugar a través del cual el contrato fue celebrado en aquellos casos en los cuales el pasajero perfeccionó la transacción desde su domicilio⁴⁷⁹.

Sin perjuicio de todo el análisis previo que se deba hacer para configurar algunas de las jurisdicciones que permiten el CV o el CM, una vez determinado por cuál de estas se querrá accionar.

Particularmente en el caso del Ordenamiento chileno y para el supuesto de transportes contratados electrónicamente, las reglas de competencia indicarán que naturalmente será competente el juez del domicilio del demandado (art. 134 COT) y para el caso que entendamos que estamos ante un contrato de consumo, será competente el juez de policía local de la comuna en que resida el consumidor cuando no sea posible determinar el domicilio que corresponda a la comuna en

⁴⁷⁹ LUONGO, NORBERTO, E.; PIERA ALEJANDRO, “La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte”, op.cit., p36.

que se hubiere celebrado el contrato respectivo, el domicilio en que se hubiere cometido la infracción o el domicilio en que se haya dado inicio a su ejecución (art. 50A inc. 2 LPDC)

CAPÍTULO IV

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y SU ROL COMO FACILITADOR DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE AÉREO

11.- Consideraciones generales

Precisados en los capítulos anteriores los aspectos generales del contrato de transporte aéreo y expuestos los efectos que para el vínculo contractual, representa la utilización de la contratación electrónica, lo que pretendemos abordar en este capítulo se refiere a como el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación impactan a la industria del transporte aéreo pero ya no visto solamente desde la perspectiva del vínculo contractual en concreto, sino que abarcando otros aspectos que si bien se relacionan directamente con el contrato es necesario estudiar, ya sea porque se refiere a los derechos de los pasajeros, constituyen el antecedente más elemental del vínculo contractual, o

bien porque son un efecto contrato que se produce a partir de su perfeccionamiento.

En concreto nos referimos por ejemplo, al tratamiento de los datos personales de los pasajeros; o a lo que ocurre si quien quiere contratar con una aerolínea no cuenta con la información debida que le brinde la compañía aérea o un agente de viajes, y eventualmente produzca que de ninguna forma quiera celebrar el contrato de transporte aéreo, mientras no cuente en forma adecuada, suficiente y con respeto a la normativa vigente (si es que esta existiere), toda la información que se requiere al momento de contratar. Lo anterior implica que nos debamos ocupar del análisis de como la telemática afecta directamente al mercado de la distribución, debiendo estudiar a este efecto la evolución de la industria desde los SIR hasta las más modernas tendencias del mercado y la industria.

Si el análisis ahora lo enfocamos a propósito del transporte aéreo de carga, nos encontraremos que el manejo de toda la información y toda la documentación que emana de este contrato específico si no se hace en forma adecuada y veloz puede impactar en la ralentización de la cadena del transporte, haciéndola menos competitiva frente a otras alternativas. A este respecto analizaremos una iniciativa de IATA que ha permitido desmaterializar la documentación emanada del proceso de envío de mercaderías en forma completa. Nos referiremos al proyecto *e-freight*.

Lo descrito, tanto para el contrato de carga como el de pasajeros nos lleva a plantearnos y a analizar el rol que juega la utilización de la contratación electrónica como un elemento que facilite los procesos atinentes a la industria aeronáutica.

12.- LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

12.1.- Consideraciones Generales

El derecho a la protección de datos de carácter personal, es quizás uno de los más afectados como consecuencia del desarrollo de los avances tecnológicos y científicos⁴⁸⁰. Se ha sostenido que frente a la utilidad y versatilidad de las nuevas tecnologías, se alza una potencial acción destructora de los derechos más elementales del hombre, entre los que se encuentran, los derechos a la protección de datos personales y la libertad informática⁴⁸¹.

Al celebrar un contrato de transporte aéreo se produce entre la compañía aérea y quien contrata, un intercambio de los datos personales (partiendo de la extrapolación del concepto de dato personal a aquellos que son facilitados por el pasajero a los efectos de concertar un contrato de pasaje o en cumplimiento de las previsiones sobre aviación civil internacional a fin de poder acceder a un determinado territorio)⁴⁸², ya sea porque ello resulte imprescindible para dar cumplimiento a la obligación contractual que asumen, o bien porque la recopilación de información es ineludible a fin de poder cumplir con las exigencias que imponen las normas especiales de Derecho aeronáutico nacional o internacional, como por ejemplo las menciones mínimas que debe contener el billete de pasaje o del talón de equipaje⁴⁸³, y como este intercambio se produce al día de hoy en un entorno electrificado, esta materia debe ser objeto de nuestro análisis, sin perjuicio de que ante la falta de regulación en el Ordenamiento chileno, sólo podamos hacerlo en referencia al Derecho comparado.

⁴⁸⁰ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia "Transporte aéreo y protección de datos personales: especial consideración a los passenger name record (PNR)", p.2

⁴⁸¹ BALLESTEROS MOFTA, L., "Hacia el difícil equilibrio entre la privacidad y la seguridad: la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 137, 2008 (BIB 2008/56)

⁴⁸² MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia "Transporte aéreo y protección de datos personales". op. cit. p. 8

⁴⁸³ *Vid, supra* 4.2 y 4.4. de este trabajo.

El tiempo de perfección del vínculo contractual, resulta el momento oportuno para proporcionar, especialmente a los pasajeros, la información relativa al tratamiento que se va a dar a los datos personales solicitados para la prestación del servicio, con especial referencia a la finalidad para que se recogen estos, e indicando cuales son los posibles destinatarios de esa información; las consecuencias de la obtención de esos datos y de la negativa a su suministro; la posibilidad de ejercitar los derechos de modificación y cancelación de los mismos y el cauce (electrónico) que resulte apropiado al efecto, siendo imprescindible además la mención expresa de quien sea el responsable del tratamiento o de su representante⁴⁸⁴.

El derecho a la protección de datos de carácter personal, reconocido en el artículo 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁸⁵, tiene como objetivo atribuir al ciudadano la facultad de controlar y la capacidad de disponer y decidir sobre sus datos personales, y según se ha estimado, posee una doble vertiente negativa o pasiva, en cuanto determinación por parte del interesado de los datos que pueden ser objeto de suministro y ulterior tratamiento, con especial atención a los denominados datos sensibles; y, positiva o activa, íntimamente

⁴⁸⁴ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, "Contratación del transporte aéreo *low cost* en internet", op. cit. p. 207.

⁴⁸⁵ Sobre la materia, el 25 de enero de 2012 la Comisión publicó un amplio paquete legislativo destinado a reformar la legislación de la Unión en materia de protección de datos. La reforma propuesta persigue salvaguardar los datos personales en todo el territorio de la Unión, aumentando el control de los datos por parte de los usuarios y reduciendo los costes para las empresas. Los avances tecnológicos y la globalización han cambiado profundamente los métodos de recogida, acceso y uso de los datos. Además, los 28 Estados miembros han aplicado las normas de 1995 de manera distinta. Un único acto legislativo eliminará la fragmentación actual y la onerosa carga administrativa. Esta iniciativa se espera contribuya al aumento de la confianza de los consumidores en los servicios en línea al proporcionar un impulso muy necesario para el crecimiento, el empleo y la innovación en Europa. El paquete incluye una Comunicación sobre los principales objetivos políticos de la reforma, una propuesta de Reglamento general para modernizar los principios consagrados en la Directiva sobre protección de datos de 1995 (Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), una propuesta de Directiva específica sobre el tratamiento de los datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, y un informe sobre la aplicación de la Decisión Marco de 2008. El Parlamento y el Consejo están estudiando en la actualidad las propuestas de la Comisión. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuid=FTU_5.12.8.html, visita del 28 de julio de 2015.

relacionada con el tratamiento de la información, como condicionante de la protección, y con la posibilidad de ejercitar frente al mismo los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). En efecto, como cualquier otro sujeto que lleve a cabo la recopilación y tratamiento de datos de carácter personal, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia, las compañías aéreas están obligadas a respetar los principios de protección de datos y a asegurar el correcto tratamiento de los mismos. Esta obligación no solo resulta exigible cuando el manejo lo lleve a cabo por sí misma, sino también en aquellos casos en los que se efectúe por medio de un encargado y, también, cuando los ceda a entidades que colaboran con ella en el desarrollo de su actividad empresarial, como pueden ser las empresas de reclamación de equipajes, o las de *handling*⁴⁸⁶.

Sin perjuicio que nos referiremos al tráfico de datos personales que se genera con ocasión de la celebración de un contrato de transporte aéreo de pasajeros, no podemos dejar de mencionar que sobre esta materia especial importancia adquiere el anexo 13 del Convenio de Chicago y sus posteriores enmiendas, que establecen normas y métodos internacionales recomendados para la investigación de accidentes e incidentes de aviación; y, el Reglamento (UE) No 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil, que derogó la Directiva 94/56/CE del Consejo, de 21 de noviembre de 1994, por la que se establecían los principios fundamentales que rigen la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶. Debe quedar clara, en este sentido, la diferencia entre el responsable del tratamiento de los datos y del fichero, y el encargado de la realización de dicho tratamiento, en tanto este último actúa por cuenta del primero y sobre la base de una relación contractual pactada expresamente para el desarrollo de dicha actividad. MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia “Transporte aéreo y protección de datos personales”, op. cit., p.2.

⁴⁸⁷ El art. 20.1a) del referido reglamento establece que las compañías aéreas de la Unión que operen vuelos con destino a, u origen en, un aeropuerto situado en los territorios de los Estados miembros a los que se aplican los Tratados y las compañías aéreas de terceros países que operen vuelos con origen en tal aeropuerto instaurarán procedimientos que permitan establecer: lo antes posible, y a más tardar en un plazo de dos horas desde la notificación del suceso de un accidente sufrido por una aeronave, una lista validada, basada en la mejor información disponible, de todas las personas a bordo de ella. En el Derecho español, las normas del Reglamento (UE) n° 996/2010, se ven complementadas, en cuanto a su aplicación efectiva, por las disposiciones del

Los atentados del 11 de septiembre de 2011 marcaron, provocaron que los Estados adoptasen sistemas especiales a fin de elevar los niveles de seguridad aérea. Ante esta situación de controles de seguridad intensificados, surgieron herramientas de facilitación con la clara intención de establecer mecanismos modernos y eficaces que contribuyan a garantizar la seguridad de la aviación civil internacional⁴⁸⁸. Entre los mecanismos establecidos destacan aquellos impulsados por las autoridades estadounidenses cuya principal finalidad es la identificación de los pasajeros mediante procesos automatizados que, de alguna forma, pueden afectar a la protección y al tratamiento de sus datos de carácter personal.

Entre los principales mecanismos se encuentran, los sistemas de información anticipada sobre los pasajeros (API), que precisamente consisten en la anticipación de cruce de información con transferencia de los datos de los pasajeros por las compañías aéreas a las autoridades de inmigración, y más recientemente, los registros de nombres de pasajeros o *passenger name record* (PNR), que surgen con el fin de obtener, por parte de la compañía aérea información adicional relativa a un pasajero, en la que se pueda basar una decisión a su respecto cuando su nombre coincida con el que aparece en una base de datos⁴⁸⁹.

Real Decreto 632/2013, de 2 de agosto, de asistencia a las víctimas de accidentes de la aviación civil y sus familiares (por el que se modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil). En concreto el art. 7º del RD 632/2013, establece en la designación de una persona de contacto con las víctimas y sus familiares, por parte de la compañía aérea que debe "...informar a las víctimas y sus familiares la información sobre la lista de las personas a bordo de la aeronave accidentada y, en su caso, los datos de la persona designada por los pasajeros de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Reglamento UE n.º 996/2010, de 20 de octubre" (art. 11.1 RD 632/2013).

⁴⁸⁸ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, "Transporte aéreo y protección de datos personales", op. cit. p. 4. Agrega la autora que, en el ámbito de la Unión Europea destacan, los denominados SIS o Sistemas de información de Schengen, cuyo objetivo es mantener la seguridad pública, incluida la seguridad nacional; y los VIS o Sistemas de Información de Visados, cuyo objetivo es ayudar a aplicar una política de visados común; así como los sistemas API o de información previa de pasajeros. Todos ellos tienen como finalidad primordial la verificación de la identidad de los pasajeros, y la gestión de las fronteras.

⁴⁸⁹ DONATO, Marina, "Nuevas medidas de seguridad y facilitación en la aviación civil y sus repercusiones en el turismo", en *ALADA en Córdoba. XXXV Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, AAVV (FORD FERRER, Guillermo, coord.), Advpcatus, 2012, p. 364.

A este respecto se ha afirmado de los PNR que constituyen una herramienta de facilitación bastante más perfeccionada que los API y totalmente diferenciable de los mismos. Los datos API son información biográfica que figura en la parte de lectura óptica del pasaporte y se refieren al nombre y apellidos, el lugar de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte y la fecha de expedición, mientras que, el grado de información que ofrece un PNR es mucho más amplio. Así lo reconoce la Comisión en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre el PNR (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la utilización de datos del registro de datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves COM (2011) 32 final, de 2 de febrero de 2011, para justificar la importancia que, en orden a la prevención del terrorismo y de otros delitos que contempla, tiene el tratamiento de los datos mediante este tipo de Registro. Ya el año 2003, la Comisión había planteado la necesidad de encontrar urgentemente una solución a los problemas derivados de la solicitud de datos de PNR, afirmando que cualquiera que se adoptase debía pasar por un enfoque global en el que se ponderasen todos los elementos en juego, desde la lucha antiterrorista, hasta las relaciones con los terceros países, pasando como no podía ser de otra forma de la tutela de los datos y de los demás derechos de los pasajeros, así fue reiterado en la Propuesta de Decisión marco, del Consejo, sobre utilización de los datos del registro de nombre de pasajeros con fines represivos, de 6 de noviembre de 2007⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Los elementos esenciales de la política de la Unión en esta materia fueron presentados en la Comunicación de la Comisión, de 21 de septiembre de 2010, COM (2010) 492 final “Sobre un enfoque global de la transferencia de datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR) a los terceros países”. Se pone de manifiesto la difícil relación entre el derecho a la protección de datos y otros derechos, libertades o garantías que están íntimamente relacionadas con la necesidad de proteger el espacio aéreo, o, con la presunción de inocencia. El legislador europeo entiende que la creación de un registro de esta naturaleza es imprescindible para «prevenir, detectar, investigar y enjuiciar eficazmente los delitos terroristas y los delitos graves y para mejorar, en consecuencia, la seguridad interior. Otros organismos consideran que la Propuesta conculca los principios del derecho a la protección de datos personales, por lo que no debiera salir adelante. La contraposición de intereses, la imposibilidad de acuerdo, ha provocado un importante freno en la tramitación de la norma, que ha estado paralizada prácticamente hasta los actos terroristas de enero de 2015 en Francia, hechos que han reavivado el debate sobre la necesidad de contar con un registro de esta naturaleza a nivel europeo. La Propuesta analizada ha sido objeto de duras críticas. El G29 emitió un Dictamen sobre la Propuesta de Directiva (Dictamen 10/2011, de 5 de

12.2.- La colisión entre la identificación del pasajero y la protección de la privacidad. El caso de cooperación entre la Unión Europea y Estados Unidos

El 28 de mayo del 2004 la Comunidad Europea y Estados Unidos firmaron en Washington un Acuerdo por el que las compañías aéreas que efectuasen vuelos con origen o destino en territorio de los Estados Unidos, e incluso las que realizasen una simple escala, deberían permitir a las autoridades norteamericanas el acceso electrónico a los datos contenidos en sus sistemas automatizados de reserva y de control de salidas⁴⁹¹. El antecedente directo del acuerdo data de noviembre de 2001, y se basa en la reacción inmediata de parte de Estados Unidos a los ataques terroristas del 11 de septiembre, cuando adoptó una serie de normas legislativas con el objetivo de garantizar la seguridad nacional y de luchar

abril de 2011) en el que ponía en tela de juicio la adecuación de la misma a los principios imperantes en materia de protección de los datos de carácter personal. Así, en concreto, de forma resumida, cuestionaba la adecuación de la misma a los principios de proporcionalidad y necesidad: por entender que el legislador no precisaba de forma adecuada si el objetivo era combatir la delincuencia grave, incluida el terrorismo, o si, por el contrario, pretendía combatir solo el terrorismo y la delincuencia relacionada con el mismo; por no justificar adecuadamente la necesidad en la que ha de fundarse la norma ; por entender que no se garantiza la seguridad ni se evitan las lagunas creadas al eliminarse los controles en las fronteras interiores debido al Convenio de Schengen; por no evaluar la eficacia de los sistemas en uso ni examinar si el conjunto proporciona los instrumentos adecuados para el fin de perseguir el terrorismo y el crimen organizado; por considerar que los datos que se recabarán son excesivos y no discriminan entre sospechosos y no sospechosos, posibilitando el rastreo y la vigilancia de todos los viajeros ; por entender que los objetivos generales del tratamiento, del artículo 1, no están claramente precisados y que la definición de los delitos que incluye es excesivamente amplia; porque no basta con el enmascaramiento de los datos de los no sospechosos, sino que es necesaria la supresión de los mismos. MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, "Transporte aéreo y protección de datos personales", op. cit. pp. 5,17 y 19

⁴⁹¹ ORÓ MARTÍNEZ, Cristian, "La anulación de la transferencia de datos personales de los pasajeros aéreos a los Estados Unidos. Comentario de la Sentencia del TJCE de 30 de mayo de 2006, C-317/04 y C-318/04, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo contra Comisión de las Comunidades Europeas", en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 11 (Octubre 2006), p. 3

contra el terrorismo. En ellas se incluía la obligación de toda compañía aérea que operase vuelos con destino al territorio estadounidense a transferir a las autoridades estadounidenses un acceso electrónico y directo de datos personales sobre los pasajeros y miembros de la tripulación de los vuelos con origen, destino o escala a territorio estadounidense (Título 49 del United States Code, sección 44909(c)(3). En virtud de esta normativa, el Servicio de Aduanas y protección de Fronteras Bureau of Customs and Border Protection (CBP), debía acceder de forma directa al registro de datos personales que se genera cada vez que un viajero efectúa una reserva de vuelo con una compañía aérea. En caso contrario, aquellas compañías aéreas que no cumpliesen con estas condiciones podrían ser sancionadas con multas ejemplares e incluso con medidas extremas, tales como la pérdida de los derechos de aterrizaje en el territorio de Estados Unidos. Este sistema coercitivo debía aplicarse a partir del 14 de noviembre de 2002, fecha en que se producía la entrada en vigor de las normas internas de desarrollo adoptadas por el Servicio de aduanas en junio de 2002⁴⁹².

Dicho Acuerdo, con entrada en vigor inmediata, estableció la obligación de las aerolíneas de entregar a las autoridades norteamericanas hasta un total de 34 datos personales procedentes del PNR de vuelos que utilicen el espacio aéreo de Estados Unidos. Los datos podrían ser conservados por las autoridades estadounidenses durante tres años y medio, periodo tras el cual se trasladarán a

⁴⁹²Ya en ese momento la Comisión de las CE puso en evidencia ante las autoridades estadounidenses que, a pesar de compartir la necesidad de combatir el terrorismo con medidas adecuadas y de entender la legitimidad de los intereses en juego por parte de Estados Unidos, la adopción de tales medidas unilaterales podía entrar en conflicto con la normativa comunitaria y con la de los Estados miembros relativa a la protección de datos y al empleo de los sistemas informatizados de reservas. Por ello, tanto la Unión Europea como EEUU debían iniciar negociaciones con el fin de adoptar un acuerdo bilateral en el que se regulase el acceso a los datos PNR de forma compatible con la normativa comunitaria, tal y como reclamaban el Parlamento Europeo y GP29. Consciente de los problemas que la aplicación de las medidas podía comportar en el Derecho comunitario, la Comisión propuso la total suspensión de las medidas estadounidenses hasta que el Acuerdo y las normas comunitarias pertinentes a efectos de la Directiva 95/46/CE hubiesen sido aprobadas (Título 19 del Code of Federal Regulations, sección 122.49b). ZAPATER DUQUE, Esther, "La cooperación entre la unión europea y estados unidos en materia de terrorismo: el acuerdo sobre el tratamiento y la transferencia de datos de pasajeros de la Unión Europea en vuelos con origen o destino a EEUU", en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5 (Octubre 2004), p.2.

un fichero de datos suprimidos que se conservará durante ocho años suplementarios, a fines de auditoria.

Ante su suscripción, el Presidente del Parlamento Europeo, siguiendo el informe de su Comisión de Asuntos Jurídicos, se dirigió el 25 de junio al Tribunal de Justicia de la Unión Europea solicitando la anulación del citado instrumento y demás actos legislativos relacionados, por cuanto este acuerdo podría suponer un menoscabo a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos comunitarios como se reconocen y protegen en el Derecho comunitario y, al mismo tiempo, podría ser entendido por parte de los Estados miembros como una forma de extraterritorialidad de las autoridades estadounidenses⁴⁹³.

En concreto se trata de la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, y de la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos. El Parlamento Europeo impugnó estas Decisiones basándose en múltiples aspectos de fondo y de forma, aunque incidiendo de forma especial en la que había sido su preocupación constante, reiteradamente expuesta desde el mismo momento en que este asunto se incorporó a la agenda transatlántica Unión Europea–Estados Unidos, y a lo largo de todo el proceso de negociación: el peligro que para los derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios podía derivarse de tal Acuerdo⁴⁹⁴. Ocurría en efecto que frente al establecimiento

⁴⁹³ ZAPATER DUQUE, Esther, “La cooperación entre la unión europea y estados unidos en materia de terrorismo”, op. cit. p.1.

⁴⁹⁴ ORÓ MARTÍNEZ, Crístian, “La anulación de la transferencia de datos personales de los pasajeros aéreos a los Estados Unidos”, op. cit. p.4. Aporta el autor que conforme al nuevo

de normas de Derecho público, de carácter mínimo, aplicables en toda la Unión por imperativo de la DPD, en EEUU priman los sistemas de autorregulación empresarial, lo que dificulta enormemente que se proporcione un nivel de protección equivalente al Europeo, requisito indispensable, para la licitud de la transferencia internacional de datos de carácter personal⁴⁹⁵.

Una de las cuestiones mas complejas era la previsión en el Acuerdo de un sistema de acceso a los datos tipo *“pull”* en lugar del sistema tipo *“push”*. Dicho aspecto era considerado como un elemento esencial en el marco de una política global de transferencia de datos. Con el ánimo de calibrar las consecuencias de ambos sistemas, debe tenerse en cuenta que un sistema tipo *“pull”* permitiría un acceso directo de las autoridades estadounidenses a la totalidad de los datos contenidos en el PNR que generan las compañías aéreas, sin posibilidad de filtro. El Parlamento Europeo estimó que admitir tal posibilidad al gobierno de EEUU implicaba reconocerle en la práctica el ejercicio de un poder soberano en el territorio comunitario, con todas las objeciones que desde el derecho internacional público puedan formularse al respecto. Por ello, un sistema tipo *“push”* permitiría un acceso indirecto, y serían las propias compañías de la Unión Europea quienes facilitarían los datos previamente seleccionados según los filtros apropiados⁴⁹⁶.

El Tribunal en sentencia de 30 de mayo de 2006 anula las Decisiones a partir de un mismo tipo de análisis, pero no en base a la problemática ligada a la posible vulneración de los derechos fundamentales, sino a la falta de competencia de la Comunidad para regular esta materia. Tras examinar el contenido de la Decisión de adecuación, concluye que el tratamiento de datos del que la misma se ocupa tiene por objeto la seguridad pública y las actividades del Estado en materia

régimen aplicable tras la entrada en vigor el 1 de febrero de 2003 del Tratado de Niza, el Parlamento Europeo ha pasado a tener legitimación activa plena o privilegiada, al mismo nivel que los Estados miembros, el Consejo y la Comisión, de modo que ya no necesita justificar un interés específico para poder acudir ante el TJCE en un recurso de este tipo, puesto que está legitimado para actuar en interés de la ley.

⁴⁹⁵ MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, “Transporte aéreo y protección de datos personales”, op. cit. p. 26.

⁴⁹⁶ ZAPATER DUQUE, Esther, “La cooperación entre la unión europea y estados unidos en materia de terrorismo”, op. cit. p.8.

penal, son dos de las materias expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva, y si esta norma de base excluye expresamente de su ámbito de aplicación la materia de la que se ocupa la medida de ejecución de la misma (la Decisión), resulta claro que ésta última adolece de un vicio de legalidad⁴⁹⁷.

Lo anterior originó que los operadores aéreos europeos se encontraran ante la disyuntiva de incumplir bien la normativa europea o bien la norteamericana. Lo que dio pie al inicio de negociaciones con que derivaron en la suscripción de Acuerdo provisional⁴⁹⁸, sustituido en 2007, por un Acuerdo formado por dos cuerpos⁴⁹⁹, el Acuerdo en sí y una Carta emitida por el Secretario del Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los EE.UU, en la que se explicaba la forma en la que se va a proceder al tratamiento de los datos PNR de la Unión Europea, que en todo caso no ha estado exento de críticas⁵⁰⁰, y que se ha traducido finalmente en que la Unión Europea y los Estados Unidos hayan firmado un nuevo Acuerdo⁵⁰¹, que estará en vigor hasta 2017, salvo denuncia de las partes.

12.3.- Referencia normativa al tratamiento de los derechos personales en el Derecho Chileno

⁴⁹⁷ ORÓ MARTÍNEZ, Cristian, “La anulación de la transferencia de datos personales de los pasajeros aéreos a los Estados Unidos”, op. cit. pp.9 y 10.

⁴⁹⁸ Decisión 2006/729/PESC/JAI, del Consejo, de 16 de octubre de 2006

⁴⁹⁹ Decisión 2007/551/PESC/JAI, del Consejo, de 23 de julio de 2007

⁵⁰⁰ Principalmente por parte del G29. A juicio de Márquez Lobillo, se observa que, en poco se subsanaron los problemas que dieron lugar a la petición de anulación por parte del Parlamento. Así, se seguía remitiendo al Derecho Estadounidense el procedimiento para el tratamiento de los datos y de los titulares, conforme a un principio de reciprocidad plasmado en el punto quinto del Acuerdo y que implicaba que ningún Estado iba a pedir medidas más restrictivas de las que aplicaba a sus propios PNR; se consagraba, sobre la base de que la DHS ofrecía un nivel adecuado de protección de los datos de PNR transferidos desde la UE, que ésta no interferiría por motivo de protección de los mismos en las relaciones entre EEUU y terceros países en lo que respecta al intercambio de datos sobre pasajeros (apartado 6); Si bien el número de datos PNR era más reducido que en el Acuerdo anterior, seguía siendo igualmente desproporcionado; y, además, inexistente, toda vez que, como puso de relieve el Parlamento Europeo, se trataba de una reducción cuantitativa y no cualitativa dado que la afectación del derecho a la intimidad no era menor por la variedad de los datos transmisibles. MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, “Transporte aéreo y protección de datos personales”, op. cit. pp. 27 y 20

⁵⁰¹ Decisión del Consejo de Europa de 26 de abril de 2012 (2012/472/UE), aprobada por el Parlamento Europeo el 19 de abril de 2012

Sin perjuicio de que la información facilitada por un pasajero, en el momento de concertar un contrato de pasaje, tiene la consideración de dato de carácter personal, en el Derecho Chileno se producirá la misma situación que en el ordenamiento español⁵⁰² en cuanto a que no siempre la protección de los mismos se va a producir mediante el recurso a los mecanismos que, a tal efecto, se establecen en la normativa de protección de derechos personales. Debemos agregar que no existe en nuestro Ordenamiento, alguna referencia normativa relativa al tratamiento del PNR.

No obstante lo anterior creemos necesario mencionar que en el Derecho chileno, el tratamiento a la protección de datos personales encuentra regulación en la Ley n° 19.628⁵⁰³ sobre protección de la vida privada (LPVP), la cual dispuso que debía ajustarse a sus regulaciones, el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares⁵⁰⁴.

Esta Ley define a los datos personales como: aquellos relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (art. 2f); datos sensibles, como aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual (art. 2g); y, tratamiento de datos, como cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar,

⁵⁰² MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, “Transporte aéreo y protección de datos personales”, op. cit. p. 9.

⁵⁰³ Diario Oficial de 28 de agosto de 1999

⁵⁰⁴ En el Derecho español, la protección de datos personales se encuentra regulada en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre sobre Protección de datos de carácter personal (LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD).

grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma(art. 2o).

Conforme lo establece el art. 4° LPDP, todo tratamiento de datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. Para este efecto a autorización del titular debe constar por escrito y puede ser libremente revocada, siempre por escrito y sin que produzca efecto retroactivo.

La Ley impone la autorización previa y escrita del titular para cualquier tratamiento de sus datos personales, y le otorga a dichos titulares una serie de derechos y garantías (modificación, bloqueo, eliminación de los datos), haciendo responsable a la persona natural o jurídica que administra los datos de los daños materiales y morales que pudiese causar en caso de incumplimiento.

No requiere autorización previa el tratamiento de datos personales que: provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial; se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento; o, sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios (art. 4 inc. 5° LPDP)⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Actualmente se discute en el Congreso Chileno un Proyecto de Ley que tiene por objeto modificar parte del marco regulatorio de la protección de datos personales (Boletín 9384-07) La iniciativa pretende modificar el artículo 19 de la CPR, agregando dos incisos que establecen la protección de los datos personales, el derecho a acceder a ellos y a obtener su rectificación, complementación y cancelación; el tratamiento, circulación y traspaso de esos datos deberá realizarse en la forma y condiciones que fije la ley. Esta nueva regulación permitiría que las personas utilicen el recurso de protección frente a cualquier amenaza, perturbación o vulneración de sus datos personales, lo que en la práctica significa una tramitación rápida, de bajo costo, donde no se necesitaría de la asistencia letrada de un abogado. La reforma tiene por objeto elevar los niveles de protección para los datos personales, por cuanto la normativa actual contemplada en la LPDP no cumple con estándares internacionales, ni con una institucionalidad firme que proteja debidamente a las personas.

Conforme al art 10, no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

13.- LOS SISTEMA INFORMATIZADOS DE RESERVA (SIR)

13.1.- Concepto, intervinientes y origen

Tal como indicamos al tratar la desmaterialización de los instrumentos del transporte aéreo, en la actualidad resultaría inimaginable el manejo de toda la información y documentación surgida de este contrato sin la ayuda de la informática, en efecto, no sólo basta el reconocimiento legal a una determinada institución jurídica sino que es necesario además contar con la arquitectura técnica que la respalde y le permita operar en forma adecuada y en respeto de la normativa que la regule. Pues bien, ese es el rol que a nuestro juicio desempeñan los SIR al momento de vincular el transporte aéreo con las nuevas tecnologías⁵⁰⁶.

Se trata de un sistema computarizado que contiene información, entre otras cosas, sobre horarios de vuelo, plazas disponibles y tarifas de más de una

Sin perjuicio de lo anterior. se ha criticado que la pretendida reforma sólo se ocupe de modificar el marco normativo constitucional y no además la LPDP, por cuanto en la medida que la protección de los datos personales en la Ley siga siendo deficiente, el reconocimiento de su importancia en la Constitución pierde parte sustancial de su fuerza y propósito, creando potenciales conflictos e incertezas legales. CAMPUSANO, Rayen, "Protección de datos personales: ¿compromiso real del Gobierno?", en <https://www.derechosdigitales.org/8453/proteccion-de-datos-personales-en-chile-buena-iniciativa-del-congreso-nacional-compromiso-real-del-gobierno>.

⁵⁰⁶ Según Folchi, las cuestiones jurídicas que se originan a partir de los SIR, constituyen uno de los sectores más interesantes y apasionantes del derecho aeronáutico. Su análisis y la posible formulación de una teoría jurídica que los estudie, conforma a juicio del autor, *"la más moderna de las grandes instituciones del derecho aeronáutico"*. FOLCHI, MARIO O., *"Nuevas perspectivas jurídicas de los sistemas computarizados de reserva"*, en *Diritto dei Trasporti*, III/1992, p. 789, 790.

compañía aérea, con o sin medios para efectuar reservas y expedir billetes, en la medida en que se ofrezcan todos o algunos de estos servicios a los abonados⁵⁰⁷.

En doctrina, Guerrero Lebrón⁵⁰⁸ los define como grandes bases de datos que contienen una amplia gama de información relativa a los vuelos programados por las compañías aéreas, sus rutas, horarios, plazas disponibles, tarifas y otros servicios afines. Para Petit Lavall⁵⁰⁹, se trata de grandes bases de datos estructuradas en un conjunto de ordenadores que funcionan mediante ordenadores principales y equipo periférico, esto es, la colocación de terminales de ordenador en agencias de viajes o similares y en las compañías aéreas, que dan información actualizada sobre los horarios de los vuelos, las tarifas de los mismos y la disponibilidad de los asientos.

Un sistema de este tipo que permite desplegar las tarifas existentes y disponibles en los distintos vuelos para una determinada fecha en un cierto mercado, informando además el tipo o modelo de aeronave en que realizará el vuelo y las aerolíneas (que pudiera ser la contratante o una línea aérea asociada) en que se va a llevar a cabo el viaje, genera información que, como es de

⁵⁰⁷ Art. 2.4, Reglamento (CE) 80/2009 por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 2299/89 del Consejo.

El Código de conducta para la regulación y funcionamiento de los sistemas informáticos de reservas (CRS), de OACI aprobado por el Consejo el 17 de diciembre de 1991, los define como: *“el sistema computacional que proporciona pantallas de horarios, la disponibilidad de espacio y tarifas de las compañías aéreas, y a través del cual pueden ser realizadas las reservas de los servicios de transporte aéreo”*.

⁵⁰⁸ Agrega la autora que junto al servicio de transporte aéreo, ofrecen productos complementarios relacionados con la industria turística: hoteles, restaurantes, alquileres de coches, empresas marítimas, floristerías, ferrocarriles, tarjetas de crédito, seguros, entradas de museos, espectáculos, además de prestar otros servicios que se han ido incorporando a su elenco de actividades. Estas bases de datos son gestionadas por empresas que se conocen como lo que denomina «vendedores de sistemas», las cuales asumen su explotación y comercialización, funcionando como distribuidores en el mercado del servicio del transporte aéreo, que fue la función primordial para la que surgieron inicialmente. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “Los Sistemas Informatizados de Reserva: La aplicación del Derecho de la Competencia al Mercado Liberalizado del Transporte Aéreo”, en *Estudios de Derecho de la competencia* (PINO ABAD, Manuel; FONT GALÁN Juan Ignacio, coord.), 2005, op. cit., p.1)

⁵⁰⁹ PETIT LAVALL, María Victoria, “Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo”, op. cit. p236.

suponer, puede constituirse en una herramienta importante para las políticas de manejo de ingresos de cualquier compañía aérea.

Intervienen en un SIR⁵¹⁰: un vendedor de sistemas, que es una entidad que opera o comercializa un SIR; una compañía aérea participante, que es la compañía aérea que utiliza uno o más SIR para distribuir sus servicios de transporte aéreo, ya sea como vendedor de sistemas o como resultado de un acuerdo con el vendedor de sistemas; un suscriptor, que es una entidad (como un agente de viajes) que utiliza un sistema informatizado de reserva bajo contrato con un vendedor de sistemas para la venta de servicios de transporte aéreo al público en general.

Su origen histórico se sitúa en Estados Unidos, donde en 1967 bajo el nombre de *AUTOMATIC RESERVATIONS SYSTEM* (ATARS), se constituyó un *joint venture* entre un grupo de agencias de viaje y de aerolíneas que pretendía brindar un sistema de reservas a toda la industria turística, iniciativa que finalmente fracasa al no obtener la *antitrust immunity*⁵¹¹. Sin perjuicio de lo anterior, a finales de la década aparecen los primeros SIR desarrollados en forma independiente por cada aerolínea, producto de ello nacen SABRE (American Airlines), APOLLO (United Airlines), DATAS II (Delta), SODA (Earsten), SYSTEM ONE (Texas Air).

⁵¹⁰ Art. 2°, Código de Conducta OACI. Mismos conceptos que en general se encuentran en el Reglamento (CE) 80/2009 (art. 2°), aunque este último define, a diferencia del Código de OACI, a la «compañía matriz» como: *toda compañía aérea u operador de transporte ferroviario que, directa o indirectamente, solo o en asociación con otros, controle o participe en el capital con derechos o representación en el consejo de administración, el consejo de supervisión u otro órgano directivo de un vendedor de sistemas, así como toda compañía aérea u operador de transporte ferroviario que esté bajo su control; y a los «medios de distribución» como los medios ofrecidos por un vendedor de sistemas para proporcionar información sobre horarios de vuelo, plazas disponibles, tarifas y servicios conexos de las compañías aéreas y de los operadores de transporte ferroviario, y para efectuar reservas y/o expedir billetes y prestar otros servicios afines.*

⁵¹¹ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; “Los Sistemas Informatizados de Reserva...”, op. cit., p. 2 y 3.

Con la política desreguladora de la industria aérea llevada a cabo bajo la administración del presidente Carter durante los años 70⁵¹², se desencadena una batalla entre las compañías aéreas por mantener su cuota en el mercado, lo que las llevó a desarrollar y perfeccionar a los SIR como un procedimiento informático que facilitara la reserva y emisión de billetes y al que pronto se incorporaron otros servicios turísticos como hoteles, restaurantes, ferrocarriles, seguros, museos, empresas navieras, que se podían ofrecer conjuntamente con el transporte aéreo y ser vendidos por medio de ellos⁵¹³.

En Europa el nacimiento de los SIR también se origina en las propias compañías aéreas, sin embargo no tuvieron el mismo desarrollo explosivo que sus pares americanos al encontrarse sujetos a limitaciones de orden geográfico y de los servicios que podían ofrecer, lo que originaba que las agencias de viajes independientes prefirieran los sistemas americanos neutrales.

⁵¹² El modelo regulador inicia su final tibiamente en Estados Unidos, concretándose en el ámbito de las cargas con la Air Cargo Desregulación (1977) y en los viajeros con la Airline Desregulation Act (1978), normas que eliminan progresivamente las restricciones, salvo las meramente técnicas, para que las compañías pudieran establecer libremente sus rutas sin obstáculos a la competencia, desaparecidos por completo desde 1983. MARTÍN PABLO; MARTÍN VICENTE, “*Cielos abiertos Unión Europea – Estados Unidos: Una nueva era en la aviación mundial*” en Revista Econômica, Rio de Janeiro, v 12, n 2, dezembro 2010, p. 46.

Levine, aporta que el origen de la liberalización se origina de un hecho, cual fue el de la combinación del sistema federal Norteamericano y una peculiaridad en la manera en que se redactó la ley federal del transporte aéreo. Si una aerolínea volaba dentro de un Estado, en materia de seguridad se encontraba sujeta a la regulación federal mientras que en materia económica a la de cada Estado en particular. Lo anterior produjo un vacío en el esquema regulatorio respecto a Estados lo suficientemente grandes como para tener pares de aeropuertos con un gran número de pasajeros que podían ser conectados por las compañías sin necesidad de abandonar las fronteras de ese Estado. Considerando que California y Texas (dos de los Estados de mayor tamaño), habían adoptado una política de no limitar la entrada de compañías y de evitar el establecimiento de pisos mínimos para las tarifas, en la práctica existía libre mercado de vuelos entre ciudades que eran lo suficientemente grandes como para tener un servicio aéreo regular entre ellas (Dallas, Houston y San Antonio en Texas; Los Ángeles, San Francisco y San Diego en California). Esto significó que cualquier aerolínea que cumpliera los estándares de seguridad establecidos por la ley federal podía ofrecer servicios aéreos programados a precios no regulados. Este escenario, único Estados Unidos, fue la base para estudiar el comportamiento de un mercado desregulado. LEVINE, MICHAEL E., “Fundamentos Económicos de las Aerolíneas y Política de Competencia”, en *Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico* AAVV (VALDÉS PRIETO, DOMINGO, VÁSQUEZ DUQUE, Omar, coord.), Legal Publishing, Thompson Reuters, 2014, p. 56-57.

⁵¹³ PETIT LAVALL, María Victoria, *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, op. cit., p237 a 239.

Es a causa de la entrada en el mercado europeo de SABRE en 1985 y debido al alto costo que para las compañías representaba el desarrollo de estos sistemas, que las líneas aéreas europeas comienzan a defenderse sirviéndose para ello del marco jurídico que les proporcionó el primer paquete de medidas liberalizadoras del sector⁵¹⁴ y, aunque al inicio se optó por constituir un único SIR europeo, el sistema de exenciones permitió dar cobertura a los acuerdos alcanzados en 1987 para crear AMADEUS (Lufthansa, Air France, Sas e Iberia) y en 1988 APOLLO (British Airways, KLM y Swiss Air) que asociado con COVIA dio lugar a GALILEO INTERNACIONAL⁵¹⁵.

13.2.- Los SIR como elemento de la competencia en la industria aeronáutica

Los SIR constituyen una herramienta esencial para la distribución y comercialización de los productos y servicios de cualquier compañía aérea mejorando su eficiencia. Antes de su desarrollo toda la información relativa a vuelos disponibles y tarifas se proporcionaba a través de listados impresos o por vía telefónica.

Sin lugar a dudas, su aparición en el mercado de la distribución, es uno de los elementos que más han influido en el desarrollo del transporte aéreo y es por ello que creemos que su regulación y régimen jurídico aplicable merece nuestra atención, ya que por medio de estos sistemas se genera la información necesaria y relativa al vínculo contractual (contrato de transporte aéreo), afectando directamente el funcionamiento de la industria ya que su utilización puede constituir una barrera de ingreso al mercado del transporte aéreo generando problemas de competencia⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Vid *infra* 11.2 de este trabajo

⁵¹⁵ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; *“Los Sistemas Informatizados de Reserva...”*, op. cit., p. 3 y 4; PETIT LAVALL, María Victoria, *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, op. cit., p240. Producto de las distintas operaciones de concentración y cambio de titularidad de los SIR que incluso lleva a cotizar sus acciones, actualmente se distingue la presencia de cuatro sistemas en Europa y USA: AMADEUS, GALILEO, SABRE Y WORDLSPAN.

⁵¹⁶ Diversos estudios, desarrollados a partir de fines de los ochenta, han testeado la existencia de poder de mercado en rutas aéreas por parte de aerolíneas dominantes, intentando explicar sus

Desde un punto de vista económico, un elemento fundamental en el análisis es la definición de mercado. Una adecuada definición de mercado debe considerar el conjunto de bienes que presentan alta sustitución, y excluir a los que respecto del conjunto elegido, tienen baja sustitución desde la perspectiva del consumidor.

En el caso de la industria aérea, una definición en principio purista, es que cada par de puntos, como por ejemplo laa que existe entre dos aeropuertos, representa un mercado. Sin embargo, incluso esta definición puede ser objetada, pues la sustitución entre dos aerolíneas que cubren los mismos puntos puede estar lejos de ser perfecta.

A modo de ejemplo, el par de puntos entre dos ciudades, se puede cubrir con un vuelo directo o con uno que haga escala en una ciudad intermedia, lo que para los pasajeros es diferente. Las diferencias en material de vuelo, horario, y récord de seguridad, también son elementos diferenciadores a la hora de evaluar sustitución. Del mismo modo, la sustitución entre rutas debido a las alternativas de transporte terrestre y del tipo de destino (turístico o de negocios), varía entre distintos pares de puntos.⁵¹⁷

Especial importancia para el transporte aéreo tiene la definición de mercado relevante o de referencia por las distorsiones que pudieran generarse en el juego competitivo entre los intervinientes.

causas. La habilidad de una línea aérea para fijar precios por sobre los costos en una ruta depende positivamente de su presencia de la tanto en la ruta como en los aeropuertos conectados. Este mayor margen relativo o *markup*, no es aprovechado por los competidores para obtener mayores participaciones de mercado en dichas rutas. Los mecanismos de marketing como son los programas de viajero frecuente, las comisiones de agentes de viaje y la publicidad, en conjunto con los sistemas de reserva permitirían que las aerolíneas dominantes gocen de un *premium* en precios en comparación con las empresas de menor participación, otorgándole a aquellas un poder de mercado. GONZÁLEZ ALDO, *Barreras a la Entrada en el Mercado Aéreo*, Serie Documentos de Trabajo, n° 280, Departamento de Economía, Universidad de Chile, 2008, disponible en www.econ.uchile.cl/SDT, visita del 18 de septiembre de 2014.

⁵¹⁷ PAREDES M., RICARDO, *Competencia en el Mercado Aéreo Doméstico en Chile*, Documento de Trabajo n°21, Departamento de Economía Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Universidad de Chile, junio 2002, p.8, disponible en <http://econ.uchile.cl/rparedes>

El mercado relevante se define en función del presunto abuso y consiste en aquellos productos o servicios en los que se puede cometer este abuso. Cuando este abuso se refiere a una actividad en concreto (como el mercado de la distribución en el caso que nos ocupa), la existencia de competencia respecto de otras actividades o en otras actividades no resulta incongruente con la existencia de una posición dominante respecto de la actividad en cuestión, así es posible que una compañía disfrute de una posición dominante en una ruta particular siendo más pequeña que otras compañías y estando expuesta a la competencia en otras rutas⁵¹⁸.

La idea más común de un proceso de competencia se centra en la rivalidad de los agentes económicos que participen en el mercado. La competencia perfecta es aquella estructura de mercado que garantiza a cada oferente y demandante un completo conocimiento de todas las ofertas y demandas, permitiendo un libre acceso a cualquiera de ellas y total libertad de los precios y cantidades por los cuales puede negociarse. Resulta ser por lo tanto la descripción de aquel mercado en donde ni oferentes, ni demandantes pueden influir aisladamente en el precio, cantidad, calidad u otra variable de mercado de los bienes y servicios transados⁵¹⁹.

Dentro de las condiciones que deben concurrir para que estemos en presencia de un mercado de competencia perfecta es la transparencia e información⁵²⁰. Es decir, tanto compradores como vendedores deben conocer perfectamente las curvas de la demanda y de los costos y las de oferta y demanda del mercado. Por medio de esta condición se aspira a que todos los agentes se movilicen con pleno y cabal conocimiento de sus acciones.

⁵¹⁸ ORTÍZ BLANCO, LUIS; VAN HOUTTE, BEN, *“Las normas de competencia comunitarias en el transporte*, Fundación Universidad-Empresa, Civitas, 1996, p.287

⁵¹⁹ VALDÉS PRIETO, Domingo. *“Libre Competencia y Monopolio”*, 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2006, pág. 38.

⁵²⁰ LEROY MILLAR, Roger- E. MEINERS, Roger. *Economía*, 3º página 25

Se suele asumir que un operador existente en el mercado (incumbente), debe conocer mejor la demanda que los nuevos entrantes, aunque ello depende de cuánto dinero ha invertido en ello. Este eventual diferencial de conocimiento sobre la demanda pudiera ser considerado como una fuente de barrera a la entrada, pero sólo en la medida que el operador existente haya tenido un menor costo de acceder a esa información, lo que no es de modo alguno claro⁵²¹.

La existencia de barreras a la entrada y las ventajas que ellas proporcionan a quienes ya están en el mercado no deben considerarse como un hecho anticompetitivo *per se*, más aún cuando estas se originan en la acción comercial independiente de las empresas cuyo propósito es mejorar su oferta hacia los consumidores, sin embargo, como principio sano de política de competencia se debe evitar que algunas prácticas tengan como principal motivación y consecuente efecto, el bloqueo del ingreso de competidores en el mercado.

De este modo, la identificación y entendimiento de cómo las distintas barreras a la entrada afectan la competencia en esta industria es útil para implementar intervenciones regulatorias concretas en el mercado aéreo. Dentro de tales acciones de la autoridad están el pronunciamiento sobre fusiones entre aerolíneas, la asignación de *slots*, la aprobación de alianzas entre líneas aéreas, las restricciones al uso de programas de viajero frecuente y en lo que resulta de nuestro interés, la regulación de los SIR.

Uno de los componentes del costos de entrada que pudiera ser especialmente relevante para los operadores aéreos tiene relación con la adquisición de información de mercado sobre pasajeros, sus hábitos, y, más generalmente, sobre la caracterización de sus demandas y también, sobre la capacidad de ser ubicado y accedido por parte de los intermediarios.

La información producida por un SIR es sin duda una de las características de la industria, pues permite que todos los operadores e intermediarios tengan

⁵²¹ PAREDES M., RICARDO, *Competencia en el Mercado Aéreo Doméstico en Chile*, op.cit., p.3.

disponibilidad de los datos relevantes sobre la oferta de todos los competidores. Es por ello que han sido mencionados como posibles mecanismos de obstrucción a la entrada en el mercado del transporte aéreo cuando son propiedad de líneas aéreas dominantes, ya que tales sistemas pueden entregar información sesgada en favor de las aerolíneas propietarias a agencias de viajes y consumidores acerca de opciones de vuelos, a pesar de la existencia de controles regulatorios tendientes a evitar la entrega de información discriminatoria⁵²².

Lo anterior se vincula directamente con una materia abordada por la literatura económica, que constantemente se ha preguntado si en el transporte aéreo se da la existencia de un mercado competitivo, o, por el contrario, si hay espacio para implementar algún tipo de política pública que permita profundizar la competencia entre los actores⁵²³, siendo una de las áreas relevantes de estas políticas el rol que cumplen los SIR, por los potenciales efectos contra la competencia que puede tener en la industria el que una aerolínea sea al mismo tiempo dueña de los sistemas de reserva⁵²⁴.

La propiedad o rol de los SIR, por lo tanto, puede influir en la estructura del mercado, al promover los propios servicios a expensa de los competidores⁵²⁵, siendo utilizado por las compañías asociadas como barrera de entrada y produciendo un comportamiento anticompetitivo en la industria.

Se reconocen dos formas de comportamiento anticompetitivo⁵²⁶. La primera deriva del hecho de las agencias de viajes se suscriben a un único SIR que naturalmente será el que esté controlado por la compañía aérea que tenga mayor

⁵²² BORENSTEIN, S, "*Hubs and high fares: dominance and market power in the US airline industry*", Rand Journal of Economics, p. 344-65, 1989.

⁵²³ AGOSTINI, CLAUDIO A., "La organización industrial del transporte aéreo en Chile" en *Revista de Análisis Económico*, Vol. 23, Nº 1, p. 36-3, Junio, 2008.

⁵²⁴ PAREDES RICARDO, *Competencia en el Mercado Aéreo Doméstico en Chile*, op.cit. p.16

⁵²⁵ PETIT LAVALL, María Victoria, *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, op. cit., p.246.

⁵²⁶ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; "*Los Sistemas Informatizados de Reserva...*", op. cit., p. 5-

cuota de mercado en la zona de influencia de la agencia respectiva⁵²⁷, la segunda corresponde al *display bias*, y consiste en que cuando el empleado de la agencia de viajes requiere información sobre un vuelo para una ruta determinada en una fecha específica, la información que le generará el sistema, arrojando el resultado en su pantalla, situará en primer lugar los vuelos operados por la compañía que controla el SIR en detrimento de los vuelos de otras compañías, manipulando la información a favor de la línea aérea controladora⁵²⁸.

Con todo, hay quienes opinan que en el caso de la industria aérea el costo de acceder a información tan detallada como la que dispone cualquier operador establecido es relativamente menor y fácilmente cuantificable, ya que la información histórica sobre el mercado, los competidores, y el comportamiento de los consumidores está disponible en cintas que se venden por grupos de rutas⁵²⁹, que permiten evaluar la posición comparativa que tendrá cualquier potencial entrante y que no ha hundido inversiones en conocimiento sobre la demanda y los mercados, lo que los lleva a afirmar que existe una cota perfectamente medible del costo que tiene para un entrante acceder a la misma información de mercado que dispone un operador establecido.

⁵²⁷ Lo que a juicio de la autora se acrecienta por la creencia de que la actualización de la información sobre disponibilidad de plazas y tarifas de la compañía que controla el SIR será mucho más inmediata y los datos proporcionados más fiables que los que se proporcionen acerca de las compañías competidoras, además del hecho de que los servicios ofrecidos pueden ser mayores, como por ejemplo la elección del asiento en el avión, y al hecho de que la compañía al controlar un determinado sistema limita su presencia en otros SIR competidores. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; *“Los Sistemas Informatizados de Reserva...”*, op. cit., p. 5

⁵²⁸ Existen estudios que demuestran que entre el 70 al 90% de las reservas se realizan en los vuelos que aparecen en los primeros lugares. PETIT LAVALL, María Victoria, *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, op. cit., p.246.

⁵²⁹ PAREDES, RICARDO, *“Competencia en el Mercado Aéreo Doméstico en Chile*, op.cit.p.16. Agrega el autor que su costo, para una historia de seis meses y para los mercados domésticos en Chile, es del orden de US\$ 54.000, lo que nuevamente sugiere que se trata de un monto menor en relación con los ingresos que incluso un solo avión puede generar. En cuanto a los sistemas de información que permiten que los intermediarios vendan los pasajes disponibles en línea, ellos también se venden y no son sujetos de ningún tipo de condicionamiento. Indica que sistemas, como por ejemplo Amadeus (el más empleado en Chile al momento de sus investigación), tienen un costo de instalación y de capacitación de los operadores que se incurre por una sola vez del orden de US\$ 10.000. Ello hace, a su juicio, de la industria aérea una de las de más amplia información para operadores establecidos y potenciales, lo que permite que la entrada sea factible en condiciones similares a la que tienen, en materia de información, los operadores establecidos.

Sin perjuicio de esta posibilidad, uno de los aspectos en que precisamente se presenta un potencial problema anticompetitivo es la comercialización de los datos que manejan los SIR, por lo que la regulación que los norme debe comprender esta materia.

13.2.- Regulación de los SIR

13.2.1.- La experiencia en el Derecho comparado

En los años posteriores a la liberalización aérea en los Estados Unidos existía la visión predominante de que el mercado aéreo tenía características innatas que lo acercaban al ideal del mercado competitivo y una de las razones de tal juicio era la supuesta inexistencia de barreras a la entrada en la industria⁵³⁰; sin precaver el hecho de que en determinadas circunstancias las líneas aéreas podían ejercer poder de mercado en algunas de las rutas que sirven debido a la existencia de ventajas estratégicas no fácilmente replicables por compañías potencialmente competidoras.

Establecido que el comportamiento que observen los SIR puede originar distorsiones competitivas, adquiere especial importancia la forma en que estos se regulan. El tratamiento normativo de estos sistemas se vincula directamente con su origen marcado por el proceso de liberalización del transporte aéreo iniciado en Estados Unidos y que después se extendió al resto del mundo.

Procesar en forma automática las reservas, permitir a las agencias de viajes el acceso en tiempo real a los horarios, tarifas, disponibilidad de plazas, la incorporación de servicios turísticos conexos al transporte aéreo, impulsando la evolución de los SIR hacia los *Global Distribution System* GDS. Tal circunstancia supuso una verdadera revolución en la comercialización del transporte aéreo, en la que sólo aquellas aerolíneas que pudieron destinar fondos a la inversión

⁵³⁰ GONZALEZ, ALDO, *Barreras a la Entrada en el Mercado Aéreo*, op.cit., p.4.

tecnológica, lograron desarrollar sistemas avanzados que más tarde ofrecieron a otras compañías.

Este proceso favoreció la concentración de los sistemas de distribución originando un oligopolio y una posición dominante en el mercado de la distribución a las propietarias de los sistemas que dificultaban el acceso a los sistemas para las empresas competidoras, estableciendo además reglas contractuales abusivas para con las agencias de viajes que se suscribían a los SIR⁵³¹. Lo anterior desembocó directamente en la dictación de normas reguladoras denominadas Códigos de Conducta.

El primer Código de Conducta de relevancia fue publicado en 1984 por el *Civil Aeronautic Board* de USA, que dictó el *Carried Owned Computer Reservations System* diseñado con el propósito de eliminar el daño que las prácticas abusivas de los SIR causaban a la competencia en el sector del transporte aéreo y de terminar con su poder de mercado⁵³². No obstante, a pesar de la regulación y debido a quejas recibidas por parte de pequeños transportistas que abogaban por una revisión de las reglas, el *Department of Transport* (DOT), abrió un período de consultas que dio lugar a una nueva normativa promulgada en 1992 y vuelta a revisar en 1997⁵³³.

La evolución tecnológica, la expansión de las posibilidades técnicas de los sistemas, el equilibrio de precios y condiciones de participación de las aerolíneas impulsadas por la competencia y que les permitía presionar por un menor cobro de

⁵³¹ NATIELLO, ORLANDO EDUARDO, "Aspectos Jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte Aéreo", en *XXXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, AAVV (Folchi, Mario; Comenale, Michele; LaTorre, Umberto; Morandi Francesco, Tranquilli-Leali, Rita, coord.), CEDAM, 2010, p. 605.

⁵³² Contenido en el *Code of Federal Regulations*, Title 14, part, 225, de 1984, revisado en 1990 y 1997, complementado por la *Competition Enhancement Act* y abolido finalmente en 2004. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; "Los Sistemas Informatizados de Reserva...", op. cit. p.11 y NATIELLO, ORLANDO EDUARDO, "Aspectos Jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte Aéreo", op.cit. n°35.

⁵³³ Cfr. 57, Federal Register 43780 (1992)-14 CFR part.255 y ⁵³³ Cfr. 62, Federal Register 59784 (1997)-14 CFR part.255, GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; "Los Sistemas Informatizados de Reserva...", op. cit., p.11.

la tarifa que se les cobraba llevando a los sistemas, a fin de mantener su participación en el mercado, a establecer acuerdos con las agencias de viajes que les permitieran garantizar su eficiencia, pero por sobre todo, la nueva realidad que implicó la penetración de internet en el mercado de la distribución del transporte aéreo, originó una desinversión que produjo que las líneas aéreas comenzaran a desprenderse de la titularidad de los SIR.

La situación descrita, llevó al DOT a una nueva revisión de las normas regulatorias. Para ello, en junio de 2003 se llevo a cabo una audiencia con participación de todos los actores involucrados, en la cual, pese a una inicial reticencia, los agentes de viajes norteamericanos terminaron por aceptar la desregulación de los sistemas lo que ocurrió finalmente el 31 de julio de 2004, sin perjuicio de que el DOT, más otros organismos reguladores seguirían siendo la autoridad de aplicación contra el comportamiento anticompetitivo⁵³⁴.

En la actualidad, la Ley Federal de Aviación de USA, contiene disposiciones sobre competencia que son exclusivas del sector del transporte aéreo. Amparándose en esta Ley, el DOT tiene el poder para permitir una *“práctica ilegal o engañosa o un método de competencia desleal”* tanto nacional como internacionalmente, si opina que una evaluación tal podría ser de interés público. De ahí que, los actos de competencia ilegales pueden ser legalizados por el DOT, en los términos y condiciones que el organismo establece, sin perjuicio de su derecho a elaborar y publicar reglamentos de conformidad con esta ley y regular la conducta de los SIR⁵³⁵.

En Europa se reconoce que el desarrollo normativo de los SIR va de la mano de los paquetes de medidas liberalizadoras⁵³⁶ y que se originan con motivo de las

⁵³⁴ NATIELLO, ORLANDO Eduardo, “Aspectos Jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte Aéreo”, op.cit., p.607.

⁵³⁵ <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF%282011%299&docLanguage=Es>

⁵³⁶ Sobre el particular *vid.* GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; “Los Sistemas Informatizados de Reserva...”, op. cit., p 12-13; PETIT LAVALL, María Victoria, *Los acuerdos entre compañías*

exenciones en bloque que se concedieron a los acuerdos celebrados entre compañías aéreas para la adquisición, desarrollo y explotación conjunta de los SIR⁵³⁷.

El establecimiento del mercado común y la unión económica que persigue la Comunidad Europea exigía un régimen que garantizara una competencia real y efectiva, es por este motivo que se incluyeron el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE) normas sobre la disciplina mercantil, en concreto, los artículos 81 a 89 del Tratado, en que se prohíben determinados acuerdos y prácticas empresariales contrarias al juego de la competencia, así como el otorgamiento de ayudas públicas que puedan falsearla, normas que junto a los reglamentos, directivas y decisiones comunitarias dictados para su aplicación o desarrollo, componen el Derecho Comunitario de la competencia.

Si bien la aplicabilidad de estas normas generales fue puesta inicialmente en duda para el sector del transporte aéreo, la confirmación por parte de la jurisprudencia comunitaria (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *Nouvelles Frontrieres* de 30 de abril de 1986 y *Saeed y Silverline* de 11 de abril de 1989), más el desarrollo de normas específicas para el sector confirmaron que éste quedara sujeto a la normas de competencia comunitarias⁵³⁸, pero favorecido por el régimen de excepciones consagrado en el art. 81.3 (ex art. 85.3) del TCE en virtud del cual se puede autorizar algunas conductas de forma singular o genérica cuando contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante⁵³⁹.

aéreas...”, op. cit., p.241 y sgts; GÓMEZ PUENTE, Marco, *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la Aviación y el Transporte Aéreo*. IUSTEL, 2006, p.393 y sgts.; ORTÍZ BLANCO, Luis; VAN HOUTTE, Ben, “*Las normas de competencia comunitarias en el transporte*”, op. cit., p. 241 y sgts.

⁵³⁷ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; “*Los Sistemas Informatizados de Reserva...*”, op. cit., p.

12

⁵³⁸ GÓMEZ PUENTE, MARCO, *Derecho Administrativo Aeronáutico*, op. cit., p.684.

⁵³⁹ Así la regulación de los SIR corresponde a una exención por categoría permitida en virtud del Reglamento 3975/1987 CEE que otorgó a la Comisión la facultad de exceptuar en bloque otras categorías de acuerdos decisiones o prácticas concertadas de carácter restrictivo, lo que se

No obstante lo anterior, las instituciones comunitarias (el Consejo y la Comisión), fueron conscientes de que los acuerdos entre las compañías aéreas sobre los SIR podían restringir la competencia afectando el comercio entre los Estados miembros. Además, la cooperación entre las compañías para desarrollar los sistemas podía otorgar ventajas a aquellas asociadas al sistema frente a las compañías participantes del mismo principalmente en lo relativo al acceso y neutralidad de los anuncios sin por ello soslayar la necesidad de los SIR y las ventajas que otorgaban⁵⁴⁰.

Es por lo anterior que dentro de lo que se distingue como el primer paquete liberalizador⁵⁴¹, se dictó el Reglamento (CEE) 2672/88, de la Comisión, de 26 de julio de 1988, relativo a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo, con lo que se materializaba la exención a la prohibición del art. 85 TCE para los acuerdos sobre esta materia.

materializó con la dictación del Reglamento 3976/1987 CEE de 14 de diciembre por la cual la Comisión declaró exenta en el art. 2º la adquisición, desarrollo y explotación conjunta de sistemas informatizados de reserva y emisión de billetes, siempre que las compañías aéreas comunitarias tuvieran acceso a ellos en condiciones de igualdad, que la información se mostrara en forma no discriminatoria y que cualquiera de los participantes pudiera retirarse del sistema con un preaviso razonable. El Reglamento 3976/1987 CEE fue modificado por el reglamento 2344/1900 CEE de 24 de julio, por el Reglamento 2411/1992/CEE de 23 de julio y por el Reglamento 411/2004/CEE 411/2004/CE de 26 de febrero, pero aún en su redacción vigente, la Comisión puede dictar reglamentos. declarando exentos los acuerdos, decisiones o prácticas que tengan por objeto (art.2º): la adquisición, desarrollo y explotación conjunta de sistemas informatizados de reserva y emisión de billetes de transporte aéreo, garantizando el respeto del código comunitario de conducta al efecto existente.

⁵⁴⁰ PETIT LAVALL, María Victoria, *Los acuerdos entre compañías aéreas...*, op. cit., p,241

⁵⁴¹ Sucedió por los reglamentos 83/91 CEE de 05 de diciembre de 1990 que corresponde al segundo paquete liberalizador y que principalmente se ocupó de coordinar este reglamento con las normas del Código de Conducta vigente (Reglamento 2289/89CEE). El tercer paquete de medidas corresponde a los Reglamentos 3618/92 CEE de 15 de diciembre y 1618/93 CEE de 25 de junio que prorrogaron la vigencia del Reglamento 83/91 CEE hasta el 31 de diciembre de 1993 y que no ofreció cambio alguno a la regulación de los SIR. Posteriormente la Comisión adoptó el Reglamento 3652/93 CEE de 22 de diciembre, vigente hasta el 30 de junio de 1998 cuando volvieron a quedar sometidos a la prohibición general del TCE los acuerdos o prácticas sobre los SIR.

La intención de esta regulación era favorecer la cooperación entre las compañías para la implantación y desarrollo de estos sistemas, que eran muy costosos y difíciles de establecer y mantener individualmente por cada aerolínea, pero buscando evitar que esta cooperación tuviera efectos indeseados para la competencia como la discriminación entre las compañías asociadas a un sistema y aquellas que sólo participaran de él⁵⁴².

Lo anterior, inspiró la aprobación del Reglamento 2299/1989 (CEE) de 24 de julio de 1989, por el que se estableció un código de conducta para los SIR y otros medios de distribución que se ofreciesen o utilizaren en la Comunidad, en el que se estableció un procedimiento de denuncia, investigación y cumplimiento obligatorio de las reglas contenidas en él⁵⁴³.

El Código fue dictado a fin de evitar abusos por parte de los SIR que pudieren consistir en denegar o restringir el acceso a los sistemas (prohibiéndoles suministrar, almacenar o presentar los datos contenidos en ellos de forma discriminatoria y obligando a los SIR a otorgar un tratamiento neutral de la información), e imponer a los participantes o abonados condiciones que pudieran perjudicar a las compañías aéreas, agencias de viajes o consumidores (en lo relativo a políticas de tarificación y comercialización de los datos estadísticos por ejemplo)⁵⁴⁴.

⁵⁴² GÓMEZ PUENTE, MARCO, *Derecho Administrativo Aeronáutico*, op. cit., p.701

⁵⁴³ Modificado por los reglamentos, reg.CEE 3089/93 del Consejo, de 29 de octubre de 1993 y por el reglamento CE 323/99 del Consejo de 8 de febrero de 1999. Este último incorporó a su ámbito de aplicación productos de transporte ferroviario. Fue recurrido por parte de Galileo y Amadeus argumentando que la regulación vulneraba sus intereses y no merecía la calificación de un acto normativo al afectarles en forma individual. Desechado el recurso en primera instancia e interpuesta casación por parte de los recurrentes ante TJCE, este tribunal finalmente en sentencia de 15 de abril de 2002 desecha la casación argumentando que la posibilidad de determinar el número o incluso la identidad de los sujetos de derecho a los cuales se les aplica una medida no implica en absoluto que se les debiera considerar individualmente afectados al establecer que la aplicación a su respecto se efectuaba en virtud de una situación objetiva de Derecho o definida por el acto de que se trate (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; *“Los Sistemas Informatizados de Reserva...”*, op. cit., p 13). En efecto, la industria de los SIR termina caracterizándose por su alta concentración, con muy pocos actores involucrados.

⁵⁴⁴ GÓMEZ PUENTE, MARCO, *Derecho Administrativo Aeronáutico*, op. cit., p.842. Sobre la regulación particular en concreto *vid.* GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; *“Los Sistemas Informatizados de Reserva...”*, op. cit., pp. 13-26;

Sin perjuicio de que la regulación fue necesaria, estaba pensada para la industria en un momento determinado de su evolución. Con el paso del tiempo se fueron produciendo importantes cambios al igual que en USA, en efecto, las compañías aéreas se fueron desprendiendo de la propiedad de los SIR y la irrupción de nuevos sistemas de distribución como internet (promovido por el explosivo aumento de las líneas aéreas *low cost*), llevaron a que el modelo de negocios de los SIR sufriera importantes alteraciones.

Mientras en Europa, la regulación de los códigos de conducta imponía un trato igualitario por parte de los sistemas a todas las compañías, lo que atentaba contra la pretensión de éstas de obtener tarifas más económicas, Estados Unidos desregulaba los SIR beneficiando la competencia.

En este escenario, a principios de 2007, la Comisión de Energía y Transportes de la Unión Europea, efectuó una consulta pública relacionada con la posible revisión del código de conducta de los SIR, que contenía nueve preguntas que giraban principalmente en torno a la conveniencia de derogar o reformar el código de conducta vigente, la eliminación de normas que regulaban los precios a percibir de las aerolíneas y los abonados, el mantenimiento de las restricciones impuestas a los dueños de los sistemas y el del manejo del tratamiento y comercialización de los datos estadísticos⁵⁴⁵.

Si bien todo parecía encaminado en avanzar hacia la desregulación⁵⁴⁶, finalmente y considerando principalmente que una parte importante de las reservas en el transporte aéreo se sigue haciendo mediante SIR⁵⁴⁷ y que en el contexto de mercado actual seguía siendo necesario mantener algunas

⁵⁴⁵ Ya a finales de 2005 las asociaciones de agencias de viajes habían advertido a las autoridades europeas acerca de la utilización y venta de estos datos por parte de los SIR. NATIELLO, Orlando, *“Aspectos Jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte Aéreo”*, op.cit. pp.608-609.

⁵⁴⁶ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; *“Los Sistemas Informatizados de Reserva...”*, op. cit.p.30. Aporta la autora que ya en diciembre de 2002, la Dirección General de Energía y Transportes de la Comisión Europea había abierto un período de consultas con los operadores del sector con miras a revisar la regulación. op. cit. p. 28.

⁵⁴⁷ Considerando 2º Reglamento (CE) 80/2009

disposiciones sobre los SIR en la medida en que contienen productos de transporte, a fin de evitar los abusos que atenten contra la competencia y garantizar el suministro de información neutral a los consumidores⁵⁴⁸, se optó por reformar el código de conducta SIR a través de la dictación del Reglamento (CE) 80/2009 de 14 de enero de 2009, por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 2299/89 del Consejo y que tiene por principales aspectos:

- regular las normas de conducta para los vendedores de sistemas, prohibiéndoles determinadas conductas atentatorias contra la competencia (art.3.1)⁵⁴⁹, prescribiéndoles la forma en que almacenan y procesan los datos facilitados por la compañías participantes (art. 3.2), estableciendo la obligatoriedad de hacer pública su participación en un operador de transporte aéreo o ferroviario o en otro SIR (art. 3.3), regulando los medios de distribución de la información (art. 4°) y la forma en que esta se presenta la de que deberá ser neutral y completa sin discriminación o parcialidad alguna (art. 5°)⁵⁵⁰, normando sus relaciones con los abonados a los SIR (art.6°), la forma en que divulgan, comercializan y utilizan las cintas de datos informáticos comerciales (art. 7°), abogando por un trato equivalente en terceros países construido

⁵⁴⁸ Considerando 4° Reglamento (CE) 80/2009

⁵⁴⁹ Art. 3.1 Reglamento (CE) 80/2009: *“Los vendedores de sistemas no podrán: a) incluir condiciones injustas y/o injustificadas en cualquier contrato con una compañía participante ni exigir la aceptación de condiciones suplementarias que, por su naturaleza o de acuerdo con los usos comerciales, no guarden relación con la participación en su SIR; b) supeditar la participación en su SIR a la condición de que la compañía participante no forme parte al mismo tiempo de otro sistema o que la compañía participante no pueda utilizar libremente sistemas de reservas alternativos tales como su propio sistema de reservas de Internet y centros de llamada*

⁵⁵⁰ Art. 5.1° Reglamento (CE) 80/2009: *“Los vendedores de sistemas facilitarán una o más presentaciones principales para cada transacción individual a través de su SIR, en las que incluirán los datos suministrados por las compañías participantes, de manera neutral y completa, sin discriminación o parcialidad alguna. Los criterios de ordenación de la información no se basarán en ningún factor directa o indirectamente relacionado con la identidad de las compañías y se aplicarán de manera no discriminatoria a todas las compañías participantes. La presentación principal no inducirá a error al consumidor, será de fácil acceso y se ajustará a las normas que figuran en el anexo I”* (relativo a las normas aplicables a las presentaciones principales)

sobre la base del principio de la reciprocidad del derecho internacional privado (art. 8°)⁵⁵¹ ;

- regular las normas de conducta para los prestadores de servicios de transporte en lo relativo a: la información que proporcionan las compañías participantes a los sistemas (art. 9°) y prescribiendo normas específicas para la compañías matrices (art. 10°);
- regular la protección de los datos personales en cuanto al tratamiento, acceso y almacenamiento de estos (art. 11°);
- establecer un régimen de infracciones, facultades de investigación, multas y procedimientos aplicables (sección sexta, arts. 13° a 16°); y finalmente
- sancionar la derogación del anterior código de conducta (reglamento CEE 2299/89) y establecer un régimen de revisión (art. 18°)⁵⁵² .

13.3.2.- La regulación de los SIR en Chile.

13.3.2.1.- La política aerocomercial Chilena como cuestión previa

⁵⁵¹ Art. 8°Reglamento (CE) 80/2009, “1. Sin perjuicio de los acuerdos internacionales en que sean Partes la Comunidad o los Estados miembros, si el trato dado a las compañías aéreas comunitarias por un vendedor de sistemas activo en un tercer país no es equivalente al trato dado a las compañías participantes de dicho país, en cualquiera de las materias contenidas en el presente Reglamento, la Comisión podrá exigir de todos los vendedores de sistemas activos en la Comunidad que traten a las compañías aéreas de dicho tercer país de forma equivalente al trato que reciben las compañías aéreas comunitarias en dicho tercer país; 2. La Comisión observará si, en los terceros países, los vendedores de sistemas tratan a las compañías aéreas comunitarias de manera discriminatoria o no equivalente. A petición de un Estado miembro o por iniciativa propia, la Comisión investigará los posibles casos de discriminación ejercida contra compañías aéreas comunitarias en los SIR de terceros países. Cuando se constate tal discriminación, la Comisión, antes de tomar una decisión, informará a los Estados miembros y a las partes interesadas y solicitará sus observaciones, incluso organizando una reunión con los expertos competentes de los Estados miembros”.

⁵⁵² Art. 18°Reglamento (CE) 80/2009, “1. La Comisión controlará periódicamente la aplicación del presente Reglamento, en caso de ser necesario con la ayuda de auditorías específicas tal y como se establece en el artículo 14. En particular, examinará la eficacia del presente Reglamento a la hora de garantizar la no discriminación y la competencia leal en el mercado de servicios de los SIR.; 2. En su caso, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del artículo 8 relativo al trato equivalente en terceros países y propondrá toda medida apropiada susceptible de reducir las condiciones discriminatorias, incluida la celebración o la modificación de acuerdos bilaterales en materia de transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países; 3. A más tardar el 29 de marzo de 2013, la Comisión elaborará un informe sobre su aplicación en el que se evaluará la necesidad de mantener, modificar o derogar el presente Reglamento”.

Un aspecto que caracteriza la regulación de los SIR en el ordenamiento chileno paradójicamente es la falta de una normativa específica al respecto. Lo obedece directamente a las particularidades que presenta el sector aeronáutico en este país y que dan cuenta de un marco legal atomizado en que no existe una regulación orgánica más allá de algunos textos legales sobre la materia⁵⁵³ y marcado fuertemente por una agresiva política de cielos abiertos⁵⁵⁴, propiciada

⁵⁵³Entre los que distinguimos por su importancia, sin perjuicio de los ya indicados en el capítulo primero de nuestro trabajo, el Decreto con Fuerza de Ley N° 221 de 30 de mayo de 1931 del Ministerio del Interior sobre navegación aérea, el Decreto con Fuerza de Ley N° 241 (Hacienda) publicado en el Diario Oficial de 6 de Abril de 1960 y sus modificaciones posteriores, insertado en el Apéndice del CA y por el que establece el Estatuto Orgánico de la Junta de Aeronáutica Civil, órgano responsable de fijar la política de aviación comercial en Chile; el Decreto Ley N° 2.564 (Transportes) publicado en el Diario Oficial de 22 de Junio de 1979 y sus modificaciones posteriores conocida coloquialmente como la ley de navegación comercial Chilena; la ya referida ley N° 18.916 publicada el 8 de Febrero de 1990 y sus modificaciones posteriores aprueba el CA. En el ámbito internacional, Chile suscribió y ratificó el Convenio de Aviación Civil Internacional de la OACI, suscrito en Chicago el 7 de Diciembre de 1944 de Chicago, que se incorporó como ley de la república por medio del decreto 509 bis del Ministerio de Relaciones Internacionales, publicado el 06 de diciembre de 1957

⁵⁵⁴Los acuerdos de cielos abiertos, *open skies* en la terminología anglosajona, constituyen una fórmula de flexibilización del modelo de regulación existente en la aviación comercial desde finales de la segunda guerra mundial y hasta los años setenta que, llevados a sus últimas consecuencias, permiten a cualquier compañía prestar servicios internacionales sin restricción alguna, salvo las puramente técnicas. El origen de estos acuerdos ha de buscarse en la traslación de la desregulación doméstica en los Estados Unidos al ámbito internacional contra el modelo de acuerdos bilaterales surgidos de la Convención de Chicago de 1944 que todavía constituyen hoy el marco jurídico de referencia para el transporte aéreo internacional. En las actas de aquella Convención se definieron cinco libertades para la aviación civil: dos de carácter técnico referidas al derecho de sobrevolar el territorio de un estado firmante y el de realizar una escala técnica en el mismo, y otras tres de carácter comercial concretadas en el derecho acordado entre dos estados miembros a desembarcar pasajeros o mercancías en el territorio de uno de ellos, el derecho a embarcarlos y finalmente, el derecho acordado entre dos estados a realizar una escala comercial adicional a la ruta principal entre ellos en territorio de un tercero. No obstante, mientras que las libertades de carácter técnico fueron objeto de un acuerdo internacional, no ocurrió lo mismo con las libertades comerciales lo que implicó la necesidad de negociar acuerdos comerciales bilaterales entre pares de gobiernos bajo el principio de reciprocidad donde se intercambian de forma igualitaria derechos sobre capacidad, tarifas y frecuencia para rutas concretas. El reconocimiento de la soberanía de los estados sobre su propio espacio aéreo que implicaban las libertades técnicas, propició la intervención de los gobiernos en el sector de aviación civil al que se conferirá un carácter estratégico vinculado a objetivos económicos, de política exterior y defensa (desarrollo regional, obligaciones de servicio público, seguridad, comercio exterior, industria aeronáutica, I+D, turismo, etc. MARTÍN PABLO; MARTÍN VICENTE, “Cielos abiertos Unión Europea – Estados Unidos: Una nueva era en la aviación mundial” en *Revista Económica, Rio de Janeiro*, v 12, n 2, dezembro 2010, p. 45. Como manifestación patente de este principio encontramos que Chile ha celebrado una serie de acuerdos bilaterales sobre la materia los que van desde las más básicas de las libertades (primera) hasta las más amplias (novena libertad). En concreto a este momento existen acuerdos bilaterales con 44 naciones que abarcan desde las terceras y cuartas libertades hasta la posibilidad de que compañías aéreas extranjeras presten servicios de cabotaje en el país

desde hace más de tres décadas por la Junta Aeronáutica Civil Chilena (JAC) que sanciona dentro de sus principios que *“la política aerocomercial chilena se basa en normas estables y claras, y otorga máxima libertad a las líneas aéreas para diseñar sus servicios aéreos”*⁵⁵⁵.

Se trata entonces de un sector económico caracterizado por un libre ingreso a los mercados. En efecto, los servicios de transporte aéreo sean de cabotaje o internacionales, pueden realizarse por las empresas nacionales o extranjeras que hayan cumplido con los requisitos de orden técnico y de seguros establecidos por las autoridades aeronáuticas competentes y la normativa dispuesta en la ley de navegación comercial. La autoridad no limita el número de vuelos ni puntos en que se puede operar, por lo que las rutas internas como las internacionales están completamente abiertas para el tráfico de líneas aéreas nacionales o extranjeras. A las empresas extranjeras que operen rutas internacionales se les puede exigir reciprocidad, pero si ésta no se verifica, la autoridad chilena carece de atribuciones para limitar o impedir los servicios de esas empresas; en que existe libertad para fijar los de precios, por cuanto las empresas aéreas establecen libremente las tarifas que aplicarán, debiendo solamente registrarlas ante la JAC. La autoridad carece de atribuciones al respecto y excepcionalmente se pueden fijar tarifas internacionales en las rutas que por disposición de otro Estado no exista libertad tarifaria; con una mínima intervención de la autoridad. La actividad

sin estar sujetos a reciprocidad. Para detalle de los acuerdos *vid.* <http://www.jac-chile.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura>, visita del 01 de octubre de 2014. Lo anterior se basa en un marco jurídico donde destacan:

- el artículo 1º inciso primero del decreto ley N° 2.564, que consagra el principio general del libre acceso al mercado aéreo, señalando que los servicios de transporte aéreo, sean de cabotaje o internacionales y toda otra clase de servicios de aeronavegación comercial, pueden realizarse por las empresas nacionales o extranjeras que hayan cumplido con los requisitos de orden técnico y de seguros establecidos por las autoridades aeronáuticas competentes;
- el artículo 2º, inciso 5º del DL N° 2.564, que establece que la facultad de la JAC, para que por resolución fundada, pueda terminar, suspender o limitar los servicios de cabotaje u otra clase de servicios de aeronavegación comercial, que se realicen exclusivamente dentro del territorio nacional por empresas o aeronaves extranjeras, si en su país de origen no se otorga o reconoce efectivamente el derecho a igual trato a las empresas o aeronaves chilenas. De la resolución anterior, el interesado podrá pedir reposición ante la misma Junta de Aeronáutica Civil, acompañando nuevos antecedentes;

⁵⁵⁵ <http://www.jac-chile.cl/politica-aerocomercial.html>, visita del 30 de septiembre de 2014

aerocomercial se rige por las reglas del mercado y de la libre competencia, quedando limitada la intervención por parte de la autoridad, de esta forma, se pretende reducir los requisitos de índole administrativo en beneficio de la eficiencia del mercado y el bienestar social.

En Chile no existen restricciones legales a la constitución de una empresa aérea chilena, tanto en materia de capital (propiedad) ya que este puede ser parcial o totalmente extranjero, como en materia de administración, la que puede estar parcial o totalmente en manos de extranjeros. En el mismo sentido, no se les exige a las empresas aéreas extranjeras para operar en el país que su capital y/o su administración se encuentre en manos de nacionales del país que la designa.

No obstante esta apertura y muestra de liberalización absoluta, en el mercado aéreo nacional en la práctica se reconoce una marcada dificultad de ingreso para nuevos actores. Este aspecto, que ha sido ampliamente discutido principalmente a fines de los noventa y en especial a propósito de la fusión entre Lan y Ladeco⁵⁵⁶ y más recientemente del caso LAN-TAM⁵⁵⁷, se demuestra por el hecho que de existen pocos operadores consolidados y por la continua entrada y salida de diversas líneas aéreas.

No ayuda a este respecto lo que ya hemos enunciado en torno a la escasa regulación, en efecto, no obstante la importancia que tiene para nuestro país el desarrollo de la industria aérea, esta no cuenta con una legislación propiamente acabada y completa con cuerpos legales específicos y omnicomprensivos de

⁵⁵⁶ Ejecutada el año 1993, cuando Lan Chile tenía una participación de un 46,4 % y Ladeco de un 38,7% del mercado. En los años siguientes a la fecha de la fusión con Ladeco, LAN fue objeto de reiteradas denuncias de conductas anticompetitivas ejecutadas entre 1993 y 2004. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) conoció 14 causas que involucraban a la industria aérea nacional, y en la que Lan figuraba involucrada, en alguna de ellas, Lan fue absuelta por falta de causa o por falta de pruebas (resoluciones de la Comisión Resolutiva n°s 479, 484, 493 y 575), en otras, la aerolínea fue condenada por prácticas anticompetitivas (resoluciones de la Comisión Resolutiva n°s 618 y 723, sentencia TDLC 55/2007)

⁵⁵⁷ Con fecha 21 de septiembre del 2011, en virtud de un procedimiento no contencioso, el TDLC se pronuncia respecto de la consulta hecha por la Corporación Nacional de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Conadecus) el 27 de enero del mismo año.

todos los aspectos, sino que por el contrario existen diversos textos normativos dispersos que deben ser constantemente complementados.

Destacamos por su importancia a nivel regional latinoamericano el fallo LAN-TAM. La sentencia (Rol N° 388-11)⁵⁵⁸, es bastante particular, aún para la realidad del sistema jurídico chileno, pues comienza dando un glosario con los conceptos y palabras claves del mercado aéreo en general, que a juicio del tribunal “ *tiene utilidad no sólo para comprender el objeto del tema en cuestión sino que resulta ser bibliografía y ayuda obligada para cualquier duda o consulta sobre algún término que se desconozca*”, lo que a nuestro juicio sólo demuestra el incipiente grado de discusión científica sobre la materia. .

En la parte expositiva la sentencia incluye los argumentos esgrimidos por las partes de la operación, ocasión en que tanto LAN como TAM, justifican la combinación de sus compañías, señalando que la fusión no atenta contra la libre Competencia. En la parte considerativa, se hace un análisis de cómo es el escenario actual del mercado aéreo tanto a nivel nacional como internacional.

Ahondando en aspectos, como la presencia dominante de LAN tanto en Chile y en el extranjero, concluyendo que sus competidores más cercanos no están en los niveles de participación que ésta ostenta, con cifras que revelan que el 78,2 % de los vuelos nacionales en el 2010 fueron a través de LAN y un 51% de los vuelos internacionales desde Chile y analizando los efectos que tendría la fusión en cuanto a las barreras de entrada (entre las que no se pronuncia respecto a los SIR).

Finalmente el Tribunal resuelve no oponerse a la operación consultada, puesto que ésta sólo seguiría la tendencia actual y natural de una industria con estas características previniendo que: “*La operación de concentración analizada, si bien implica importantes amenazas a la competencia en el mercado aerocomercial internacional para el tráfico desde y hacia Chile, es un avance significativo en la*

⁵⁵⁸ Disponible en http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_37_Corte_Suprema.pdf

*conectividad desde Chile hacia destinos dentro y fuera de la región. Sin embargo, es importante destacar que es justamente esta ventaja competitiva que tendrá la empresa fusionada al ofrecer una red más amplia y densa, la que conlleva los riesgos a la competencia que se han analizado*⁵⁵⁹.

El Tribunal sostiene que está consciente de que como consecuencia de la fusión, existirá un riesgo claro. Dicho riesgo radica en que los beneficios y eficiencias en el transporte de carga y de pasajeros, no sean traspasados a los consumidores sino que, por el contrario, incrementen la capacidad de la empresa fusionada para extraer rentas a los viajeros, afectando también el desarrollo de otras industrias o inversiones que requieren servicios aerocomerciales para sus intercambios.

Ante este escenario, para aprobar la operación, el TDLC consideró imprescindible diseñar y establecer condiciones y medidas que mitiguen los efectos de la concentración en el corto plazo y que permitan la entrada de otras redes en el mediano plazo con posibilidades de participar, compitiendo, en la conectividad aérea de Chile con la región y con el resto del mundo

La institucionalidad aérea está determinada por políticas públicas y por la fiscalización de organismos administrativos como la JAC, quien en los hechos es la única responsable de llevar adelante una política aerocomercial⁵⁶⁰, lo anterior, no deja de llamar nuestra atención pues estamos hablando de una industria que no sólo tiene relevancia a nivel económica, sino que también adquiere valor

⁵⁵⁹ Considerando 293 del fallo.

⁵⁶⁰ Lo anterior quedó absolutamente demostrado con la dictación por parte de esta repartición de la Resolución n° 63 de 21 de enero de 2012, por la que la JAC reafirmando la política aerocomercial chilena en relación al cabotaje, que permite a una empresa extranjera el libre acceso sin reciprocidad, declaró que no se consideraría la reciprocidad para determinar el eventual término, suspensión o limitación de los servicios de cabotaje que preste una empresa extranjera, decidiendo otorgar todas las facilidades a las empresas extranjeras que soliciten realizar cabotaje en Chile, en igualdad de condiciones con las empresas nacionales, es decir consagró una política de cielos abiertos unilateral, fundada en el plan: *Impulso Competitivo* del Ministerio de Economía, de mayo de 2011, que tuvo como propósito fundamental vigorizar el crecimiento económico y aumentar la competencia en el transporte aéreo de carga y pasajeros dentro de Chile.

estratégico a nivel de comunicaciones y de conectividad con territorios de la nación en los que sólo es posible llegar por este medio atendida la particular situación geográfica del país, flanqueado por el océano de un lado y un cordón montañoso del otro.

13.3.2.2.- Régimen jurídico de los SIR en el Ordenamiento chileno

En un marco de liberalización absoluta, no era de extrañar que los SIR no encontraran una regulación específica en el Ordenamiento interno chileno, mas sin perjuicio de ello, no se puede soslayar que en un mercado altamente concentrado, de pocos actores sería necesaria una preocupación mayor por uno de los elementos más importantes de la industria, el mercado de la distribución.

La industria aeronáutica es compleja y presenta varios elementos en este sentido, entre lo que se encuentran: alto costo en la fabricación del material de vuelo; distintas formas contractuales (transporte de pasajeros y de carga); necesidad de otros servicios anexos al transporte. Dentro de estos últimos ubicamos al mercado de la distribución el cual reviste gran interés por cuanto aún viéndose afectado por la tendencia hoy generalizada de las aerolíneas de vender sus servicios por sus canales directos como sus propios locales o sus sitios por internet (en Chile aún es desconocido el *low cost*), para un importante sector de la industria como la gran mayoría de las agencias de viaje, los SIR constituyen la arquitectura técnica que les suministra la información necesaria para operar.

Descrito lo anterior, precisemos que aunque no existan en Chile cuerpos normativos como los Códigos de Conducta, ello no significa una carencia absoluta de regulación aún cuando no sea una normativa específica.

En tal sentido, Chile es Miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) desde su fundación el 1 de enero de 1995⁵⁶¹ y anteriormente fue miembro fundador del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio en 1947 (GATT 1947). Además suscribió los anexos del acuerdo entre los que se encuentra el 1B o Acuerdo General sobre el Comercio de Servicio (AGGS), que en su art. XXIX sanciona los anexos específicos al acuerdo que forman parte integrante del mismo, dentro de los destaca el Anexo Sobre Servicios de Transporte Aéreo, que en su párrafo. 3c establece que, *“El Acuerdo se aplicará a las medidas que afecten: c) a los servicios de sistemas de reserva informatizados (SRI)”*⁵⁶².

Un intento de regulación específica que podría ser aplicable para el Ordenamiento Chino, es el que llevó a cabo la Comisión Latinoamericana de

⁵⁶¹ Decreto 16, Ministerio de Relaciones Internacionales de 17 de mayo de 1995 que se promulga el "Acuerdo de Marrakech", por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. La OMC nace como institución el 1 de enero de 1995, y como resultado de negociaciones de la Ronda de Uruguay. Recogió y actualizó los acuerdos relativos a bienes, provenientes del GATT de 1947, además de incorporar nuevas normas en materias como los servicios, la propiedad intelectual, la solución de diferencias y los exámenes de política comercial. Al tratarse de un acuerdo multilateral, donde en el cual no se permite, *prima facie*, la discriminación entre Miembros, el sistema se sustenta en la liberalización progresiva del comercio mediante rondas de negociaciones. El fin último de OMC es la eliminación total de las barreras al comercio en las distintas formas y temas que ellas puedan adquirir. Estas mismas características que originalmente fueron señaladas como fortalezas para el sistema multilateral, hoy han demostrado ser la piedra de tope para avanzar en las negociaciones; de hecho, las conversaciones han incorporado variables políticas muy distintas a las comerciales lo que siembra dudas respecto a la sustentabilidad del sistema en el largo plazo. Con todo, en el marco de la OMC las inversiones quedan reguladas por las normas del AGCS en cuanto a su componente de servicios; mientras que el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MICs), regula algunos aspectos de las medidas sobre inversiones que pudieran distorsionar y afectar el comercio de bienes. El AGCS está estructurado en dos grandes áreas: obligaciones y disciplinas generales y compromisos específicos. Respecto a los primeros, los Miembros están obligados a cumplirlos aun cuando no hayan consignado compromisos específicos en los distintos sectores de servicios. En cuanto a los segundos, los Miembros se obligan solo si asumieron compromisos en una serie de sectores que listan voluntariamente (no obstante que una vez realizado existen pocas posibilidades de retirar un compromiso). GONZÁLEZ MUÑOZ, RAIMUNDO; ROJO RODRIGO, "Acuerdos internacionales en materia de inversión: las implicancias para la soberanía nacional", en *Nomos, Universidad de Viña del Mar, Chile*, n° 1, 2008, p. 114

⁵⁶² Conforme lo establece el párrafo 1°, el Anexo se aplica a las medidas que afecten al comercio de servicios de transporte aéreo, sean o no regulares, y a los servicios auxiliares. Se confirma que ningún compromiso específico u obligación asumidos en virtud del Acuerdo reducirán o afectarán las obligaciones resultantes para un miembro de acuerdos bilaterales o multilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. En el párrafo 2, consagra la materia que se exceptúan de su aplicación (incluido su procedimiento de solución de diferencias), estas son: a) a los derechos de tráfico, sea cual fuere la forma en que se hayan otorgado; o b) a los servicios directamente relacionados con el ejercicio de los derechos de tráfico, con la salvedad de lo establecido en el párrafo 3 del Anexo, en las que se incluyen en la letra c) a los SIR.

Aviación Civil (CLAC) por medio de su Comité Ejecutivo y el Grupo de Expertos en asuntos Políticos, Económicos y Jurídicos del Transporte Aéreo (GEPEJTA), que desde hace algunos años viene manifestando su preocupación por la ausencia de regulación de los SIR en el concierto latinoamericano

El Comité Ejecutivo de la CLAC en reunión celebrada en Santiago de Chile el 22 de marzo de 2010, invitó al GEPEJTA para que en su vigésimo cuarta reunión (GEPEJTA 24)⁵⁶³ pudiera analizar y considerar la aplicación del Código de Conducta OACI y adoptar las medidas que estimare pertinentes para someterlas a consideración del Comité Ejecutivo.

Esta propuesta fue discutida e informada en la GEPEJTA 25⁵⁶⁴ donde se dio cuenta que del análisis realizado sobre las trece respuestas recibidas a la encuesta circulada entre los Estados miembros (formulada en virtud del acuerdo alcanzado en GEPEJTA 24), se llegó a la conclusión que estos no disponían de una normativa específica que regule el uso de los SIR, ni tampoco habían adoptado las recomendaciones del Código de Conducta de la OACI para reglamentar estos sistemas. Se aprobó entonces para este fin, la propuesta formulada por el representante de Panamá, de solicitar a los Estados que notificare su situación actual y que se adhirieran al Código de Conducta SRC de la OACI.

En GEPEJTA 28⁵⁶⁵ se dio cuenta del fracaso de la iniciativa al constatar que a ese momento no existía información adicional que aportara nuevos elementos al

⁵⁶³ Celebrada en Lima, Perú, del 27 al 29 de abril de 2010, informe disponible en <http://clacsec.lima.icao.int/2013-reuniones/GEPEJTA.htm#>

⁵⁶⁴ Celebrada en Buenos Aires Argentina, del 4 al 6 de agosto de 2010, Informe disponible en <http://clacsec.lima.icao.int/2013-reuniones/GEPEJTA.htm#>. Reunión en la cual el representante de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA), formuló la recomendación de adoptar el Código de Conducta OACI y que los Estados pudieran regular el funcionamiento de estos sistemas que no sólo afectaba a las líneas aéreas sino también a usuarios individualmente

⁵⁶⁵ Celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, del 13 al 15 de marzo de 2012. Informe disponible en <http://clacsec.lima.icao.int/2013-reuniones/GEPEJTA.htm#>

tema, por lo que se determinó dar por concluida la tarea toda vez que los Estados eran potestativos de adoptar el Código de Conducta SIR de OACI para la reglamentación y explotación de estos sistemas. Además del hecho de que se encontraba a su disposición la Resolución A18-01 sobre “Criterios y Directrices en materia de política de transporte aéreo” de la CLAC, donde en el tema de aspectos comerciales de los SIR se aprobaron directrices tales como que:

- los Estados miembros podían utilizar el código de conducta de la OACI e incluir la cláusula modelo para los SIR en los acuerdos bilaterales y multilaterales del transporte aéreo;
- los códigos a aplicarse deberían considerar los principios de transparencia, accesibilidad y no discriminación;
- los Estados miembros deberían continuar analizando la adopción de nuevos reglamentos que incluyesen la distribución de los productos de las líneas aéreas por medio de internet, en el marco de la reglamentación de los SIR, las leyes de protección al consumidor y las leyes que rigen la competencia.

De lo anterior, se puede observar entonces que los SIR carecen de una reglamentación específica en el Ordenamiento chileno más allá de la referencia que se pueda hacer al Anexo Sobre Servicios de Transporte Aéreo del AGCS y de la posible adopción en el futuro del Código de Conducta OACI, sin que deje de llamar la atención que en los últimos procesos de relevancia para el mercado aeronáutico nacional como la fusión LATAM o la decisión de la JAC de abrir unilateralmente y sin reciprocidad los cielos para los servicios de cabotaje, no se haya hecho mención en específico a la necesidad de regular en forma específica a los SIR.

14.- EL MERCADO DE LA DISTRIBUCIÓN DEL TRANSPORTE AÉREO FRENTE LAS NUEVAS TECNOLÓGICAS

14.1.- Problemas actuales

La preocupación de la industria acerca de la regulación normativa de los SIR era necesaria en un momento determinado de la actividad aeronáutica posterior a la liberalización.

Sin perjuicio de la importancia que al día de hoy estos sistemas siguen representando para la industria, no se puede soslayar los cambios que ha experimentado el mercado de la distribución en los últimos años principalmente a partir de la explosión del fenómeno de las compañías *low cost* o de bajo coste, que han implantado un modelo de comercialización basado en sus propios canales de distribución ofrecidos en línea, otorgándole una serie de ventajas competitivas respecto de sus competidores al recurrir en forma constante al uso de las nuevas tecnologías⁵⁶⁶; o por el comportamiento mismo de los consumidores que últimamente han dejado de lado el mecanismo de reserva a través de agencias *online* prefiriendo reservar directamente en la aerolínea que dirigirse a agentes en línea lo que se debería a que los viajeros prefieren ciertas comodidades, como embarque preferente, o asiento con más espacio, lo que no siempre se puede conseguir a través de agencias *online*.

⁵⁶⁶ Por ejemplo, *Vueling* ha anunciado recientemente el lanzamiento de una aplicación tecnológica que permite la posibilidad de cambiar el vuelo por otro que salga antes ese mismo día, en forma totalmente gratuita para aquellos pasajeros que hayan comprado sus billetes determinadas tarifas. el servicio mostrará los vuelos disponibles en las siguientes 4 horas con respecto a la hora en que el cliente esté realizando la consulta. Para llevar a cabo la operación solo será necesario que el usuario abra una aplicación en un *smartphone*, consulte cuál es el vuelo que más le conviene y lo cambie con un solo click. <http://vuelingnews.com/2015/01/19/un-nuevo-servicio-permite-a-los-usuarios-de-vueling-adelantar-sus-vuelos-a-traves-de-la-app/>, visita del 22 de enero de 2015.

En materia transporte de equipajes esta aerolínea se encuentra implementando el sistema del *Self Bag Drop* (SBD), que permite a los clientes de la aerolínea realizar la facturación y posterior entrega del equipaje en una misma máquina por sus propios medios y sin asistencia previa. Los pasajeros podrán facturar su equipaje legitimándose con su tarjeta de embarque o bien con su código de reserva de su billete, a continuación, validará el peso del equipaje con la báscula que incorpora el sistema e imprimirá y adherirá la etiqueta al equipaje. Una vez confirmada la facturación, la maleta pasará al sistema automatizado de tratamiento de equipajes. <http://vuelingnews.com/2015/02/20/vueling-primera-aerolinea-en-ofrecer-el-servicio-de-autofacturacion-de-maletas-en-la-t1-del-aeropuerto-de-barcelona-el-prat>. Visita del 22 de febrero de 2015.

Las aerolíneas han invertido en sus páginas web para que sus clientes puedan personalizar sus compras, eligiendo sus preferencias, como aumento de equipaje, o acceso a *wi-fi*⁵⁶⁷.

El sistema de compra On-line también se ha visto potenciado por las herramientas de búsqueda tales como “*Google Flight Search*” o “*Google Hotel Finder*”, “*Hipmunk*” y “*Hooper*”, todos los cuales hacen muy fácil comparar los precios de las diferentes marcas. Es por ello que no es novedad que los viajeros actualmente estén utilizando las agencias en línea simplemente para hacerse una idea de la comparación de precios entre las diversas marcas y no para comprar, ya que la compra directa es mucho más beneficiosa. Sin embargo, esto no implica la desaparición de las agencias de viaje en línea. Por ejemplo, las rebajas de último minuto de estas agencias resultan ser mucho más baratas que las ofrecidas directamente por las aerolíneas. Además, en algunos casos, los clientes de estas agencias serán mucho mejor atendidos que si compraran directamente, por ejemplo.

Sin embargo esto es un arma de doble filo, ya que reservar a través de un tercero puede significar que si quieres hacer cambio en tu vuelo estando en el aeropuerto, probablemente la aerolínea no lo pueda solucionar (lo mismo con la reserva de hoteles). El público al que apuntan las agencias de viaje online es a

⁵⁶⁷ Como por ejemplo la llevada adelante por Korean Air, que en conjunto con CyberSource han desarrollado un nuevo sistema de servicios a pasajeros que simplifica y asegura la reserva de pasajes aéreos en 45 países. Este programa busca sistematizar el pago y adquisición de servicios. La implementación de esta solución, permitirá a Korean Air aceptar una amplia gama de métodos de pago, incluyendo tarjetas de débito y crédito, y otras formas alternativas, a través de todos sus canales de pago creando una alianza en armonía con el gobierno Sur Coreano en orden a ceñir el comercio electrónico a las leyes y regulaciones, incluyendo las de protección al consumidor y pagos electrónicos. De esta forma, la aerolínea busca mejorar el servicio de reserva a sus clientes a un siguiente nivel, asociándolo a un sistema de manejo de fraudes, implementado también por CyberSource. En <http://news.thomasnet.com/companystory/south-korea-s-national-carrier-korean-air-creates-new-customer-experience-with-cybersource-payment-services-20041895>, visita del 25 de marzo de 2015.

aquel viajero que no sabe muy bien cómo viajar, ni donde quedarse, así, los paquetes ofrecidos son mucho más convenientes⁵⁶⁸.

Lo anterior, sin dudas ha afectado el modelo de negocios de las líneas aéreas tradicionales y de las agencias de viajes algunas de las cuales incluso, explorando nuevas formas de mantenerse en el mercado, comenzaron a operar sin estar vinculado a un SIR⁵⁶⁹.

La política de distribución de una compañía *low cost*, como elemento definitorio de esta nueva etapa del mercado de la distribución de los servicios aéreos se caracteriza por la venta directa de sus pasajes, principalmente a través de internet, evitando de esta forma el pago de comisiones a gentes de viajes y la utilización de los SIR.

Se ha afirmado que este sistema de distribución además de la disminución de costos que implica para las compañías aéreas también beneficiaría a los

⁵⁶⁸ *Booking Flights and Hotels: Online Agents or Direct?*
<http://www.nytimes.com/2015/03/01/travel/booking-flights-and-hotels-online-agents-or-direct.html>,
visita del 03 de marzo de 2015.

⁵⁶⁹ El perfil de estas agencias sin SIR difiere sustancialmente del resto de las empresas del sector. Se trata de organizaciones micro, con menor número de establecimientos y empleados, y más orientadas al turismo receptivo y vacacional. Su actividad se centra en la comercialización de paquetes turísticos y, en ellas, el peso del producto aéreo es mucho menor que en una agencia con SIR. “*Primer estudio estratégico de las agencias de viaje españolas*”, ACAV y AMADEUS ESPAÑA, 2009, p.9. Disponible en [http://C:/Users/Usuario/Downloads/PrimerInformeEstrategicoAAVV_AmadeusACAV%20\(3\).pdf](http://C:/Users/Usuario/Downloads/PrimerInformeEstrategicoAAVV_AmadeusACAV%20(3).pdf). Concluye el estudio (p.45 y sgts) que al tiempo de su realización un 74,9% de las agencias de españolas disponían de un SIR y al compararlas con aquellas agencias que afirmaban disponer de SIR, una de las primeras diferencias que se aprecian es el tamaño. Las agencias de viajes sin SIR cuentan con menor número de establecimientos (el 85,6% tiene una única oficina, mientras que el 31% de las que disponen si lo poseen cuenta con dos o más puntos de venta). Otra diferencia se refiere al número de trabajadores en una y otra, la que no tienen SIR tienen uno o dos empleados en el 68% de los casos, mientras que el 30% de las que usan estos sistemas cuentan con tres o cuatro trabajadores y el 38%, con más de cuatro. Respecto al perfil de negocio, las agencias sin un sistema de distribución tienen un marcado perfil vacacional: un 43,3% se dedica al segmento de los viajes de ocio, porcentaje que casi dobla al registrado entre las agencias que sí disponen de SIR. En ambos tipos de empresa predomina el negocio mixto—52% y 71%, respectivamente—; sin embargo, ninguna de las dos se inclina decididamente, en exclusiva, por el público de empresa. Los productos más vendidos, sin embargo, difieren sustancialmente en función de la disponibilidad o no de SIR. Así, aunque para ambas el producto más vendido es el paquete vacacional, el billete aéreo representa un porcentaje mucho más alto en las agencias que disponen de sistema global de distribución.

pasajeros en términos de seguridad y especialmente en ahorro de tiempo⁵⁷⁰, no obstante que el éxito del sistema se encuentra en relación directamente proporcional con el nivel de conectividad a internet existente ya que, como es lógico suponer, a mayor penetración de internet, mayor posibilidad de implementar iniciativas de comercio electrónico⁵⁷¹.

La compañías tradicionales por su parte, en su afán de reducir los costos de distribución, comienzan un proceso de comercialización directo⁵⁷² a través de sus propios servicios *web*⁵⁷³, a la vez que las agencias de viajes entran al comercio electrónico bajo la forma de agencias *on line* o bien diversificando su oferta y estableciendo canales de venta en la red.

⁵⁷⁰ Con todo, más de un problema se ha planteado en torno a la política de estas compañías de impedir al pasajero la posibilidad de efectuar el *check in* en el aeropuerto, obligándolo a proveerse de la tarjeta de embarque previamente y estableciendo penalizaciones a este respecto. Sobre el particular *vid* COMENALE, PINTO, MICHELE, “*Le nuove formule di commercializzazione dei servizi di trasporto aereo e le agenzie di viaggio*” en ALADA en Córdoba, XXXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, ADVOCATUS, 2012, p.305.

⁵⁷¹ PIERA, Alejandro José; LUONGO, Norberto Ezequiel, “*El billete electrónico en el transporte aéreo internacional de pasajeros. Antecedentes, aspectos, prácticos y cuestiones jurídicas*”, op.cit. p.314. Al tiempo de la investigación de los autores (2009), su estudio daba cuenta que a pesar del progreso que había experimentado el grado de penetración de internet, la brecha entre los países desarrollados y los países en desarrollo continuaba siendo abismal. El promedio en las economías desarrolladas rondaba en el orden del 58%, mientras que para las economías en desarrollo tan solo alcanzaba sólo el 9,7%. Además, si se comparaba el costo del servicio de banda ancha en estos países con relación a la variable “salario mínimo”, ya sea en términos nominales o porcentuales, el mismo continuaba siendo extremadamente alto.

Seis años después el escenario descrito es diametralmente opuesto, en efecto y de acuerdo al estudio titulado “*Quinta encuesta sobre acceso, usos, usuarios y disposición de pago por internet en zonas urbanas y rurales de Chile*”, (http://www.subtel.gob.cl/attachments/article/5411/Informe_Final_SUBTEL_UdeChile.pdf), un 66% de la población chilena cuenta con una conexión permanente a internet. Lo anterior equivale a un 12% menos que el promedio de la OCDE y a un 27% más que el promedio de Sudamérica.

⁵⁷² Tema que es abordado por Natiello en su artículo, “*El fenómeno de la desintermediación en el transporte aéreo comercial*”, en *Liber Amicorum* en honor al Dr. Enrique Mapelli, AAVV, FOLCHI, MARIO, coord.), Buenos Aires, 2007.

⁵⁷³ Si bien no existen cifras oficiales, en el caso de LAN y según datos informados por la propia empresa, desde 2009 a 2012 Lan.com aumentó sus ventas un 106%”, lo que constata cómo la comercialización online de la aerolínea había crecido incluso por sobre los demás canales de ventas. Las razones se atribuyeron al desarrollo de este canal de venta y al hecho de que el cliente tiende hacia el autoservicio. En 2009, Lan.com representaba 18,9% de las ventas de todos los canales de LAN (los que incluyen, además, *contac center*, aeropuerto y oficinas comerciales), mientras que a junio de 2013 se estimaba que equivalía un a 20% del total. Diario *La Tercera*, edición del 04 de junio de 2013, entrevista a Fernando Fumagalli, Gerente Senior de Lan.com. Disponible en: <http://diario.latercera.com/2013/06/04/01/contenido/negocios/10-138370-9-lancom-elevo-106-sus-ventas-en-ultimos-tres-anos.shtml>

Incluso los propios SIR intervienen en el mercado de las agencias *on line* mediante la formación de empresas vinculadas, lo que origina que surjan en el mercado agencias compiladoras de datos (*data aggregators*) que son organizaciones que se dedican a compilar o acumular cantidades de información (más o menos homogénea, según las necesidades) a partir de determinadas bases de datos, públicas o privadas, a los fines de poner el resultado así obtenido a disposición de los usuarios a cambio de una retribución, generalmente expresada en términos económicos⁵⁷⁴ y que se materializa mediante la celebración de un contrato de licencia que celebran con las aerolíneas.

La sustitución de los canales tradicionales de distribución y en particular el uso que del sitio *web* de las empresas de bajo costo puedan hacer las agencias de viajes (en línea principalmente), a fin de efectuar reservar y adquirir pasajes aéreos para los vuelos efectuados por éstas, sirviendo de intermediario entre la línea aérea y los pasajeros, ha producido no pocos conflictos.

En concreto, lo que busca una compañía *low cost* es interactuar directamente con quienes quieran comprar sus servicios (de hecho prescinden de la utilización de SIR), impidiendo a las agencias de viajes realizar esta labor de

⁵⁷⁴PIERA, Alejandro José; LUONGO, Norberto Ezequiel, *“El billete electrónico en el transporte aéreo internacional de pasajeros. Antecedentes, aspectos, prácticos y cuestiones jurídicas”*, op.cit. p.312. Agregan estos autores que los *data aggregators* ofrecen en pantalla simultáneamente todas las ofertas que su base de datos arroja con referencia a las diversas empresas aéreas que cubren el itinerario solicitado por el usuario en la fecha deseada lo que significa para el futuro pasajero un considerable ahorro en su tiempo de búsqueda, y fundamentalmente le permite cotejar simultáneamente las diversas ofertas y servicios disponibles en tiempo real, lo que lo beneficia ya que como indican, las tarifas del servicio aéreo (quizás más que ninguna otra), se encuentran sujetas a los vaivenes de la competencia y de la relación existente entre oferta y demanda, y por ende experimentan variaciones constantemente.

intermediación⁵⁷⁵. La situación descrita condujo a que las líneas de bajo costo y algunas agencias de viajes *on line* iniciarán una serie de pleitos⁵⁷⁶.

En julio de 2008 *Ryanair* obtuvo, por medio de la decisión del tribunal Regional de Hamburgo, impedir a *VTours GmbH*, acceder a su sitio *web* para ofrecer vuelos para la venta de sus clientes sobre la base del fundamento de que las condiciones de su sitio limitaban su uso a fines privados y no comerciales. Distinta suerte corrió la compañía en su litigio contra *Cheaptickets BV* cuando el Tribunal de Apelación de Frankfurt confirmó la sentencia que obligaba a *Ryanair* a aceptar los billetes adquiridos a través de cualquier sitio web de comparación de precios, que comprara tarifas de vuelos y reservas de billetes de avión en nombre del pasajero.

En España, en la causa *Ryanair con Agencia Atrápalo*, resuelta en primera instancia por el Juzgado Mercantil n°2 de Barcelona de 21 de enero de 2009 resolvió que si la compañía aérea había optado por aprovecharse de las ventajas de internet para vender sus productos mediante un sistema de libre acceso y gratuito, también debía soportar sus inconvenientes, como por ejemplo cierta pérdida de control de los canales de comercialización, sin que pueda discriminar según quien sea el usuario o según cual sea la finalidad perseguida por quien accede a su sitio *web* ya que la ley no le atribuye este poder de exclusión ni le permite controlar el uso de una información que se ha hecho pública⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Fenómeno que se denomina *screen scraping* o “raspado de pantalla” y que consiste en el uso de un programa informático para extraer datos de un sitio web para mostrarlos en otro diferente. GARCÍA VIDAL, ANGEL, *Screen scraping: Condiciones generales de la contratación, bases de datos y competencia desleal en el conflicto entre Ryanair y las agencias de viaje*, Centro de Estudios de Consumo, UCML, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/29/Documento%20Clientes.pdf>, visita del 02 de diciembre de 2014

⁵⁷⁶ NATIELLO, ORLANDO EDUARDO, “Aspectos Jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte Aéreo”, op.cit., p.610-612, para quien si bien no existe una resolución definitiva, la tendencia era a considerar que la actividad de las agencias *on line* al ofrecer distintas opciones a favor de los usuarios no es más que el normal desempeño de su actividad mercantil de intermediación

⁵⁷⁷ En general en todas estas causas como por ejemplo, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 429/2009 de 17 de diciembre de 2009 (AC\2010\1849) *Ryanair* contra *Edreams*; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 30 de noviembre de 2010 ; Audiencia

Con iguales fundamentos se decidió por el mismo juzgado⁵⁷⁸ la causa *Ryanair con E-dreams* de 11 de febrero de 2009, que resuelta en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Barcelona (17 de febrero de 2009) establece que “...cuando la agencia de viajes on line recibe una determinada solicitud de vuelos y dirige esta consulta a la página web de Ryanair le contesta, está habiendo el mismo uso que cualquier particular haría al solicitar directamente información sobre vuelos, de tal forma, que, además, la activación de esa búsqueda servirá para su finalidad esencial, pues si fruto de esa búsqueda existe un vuelo de Ryanair que se adecua mejor a los intereses del cliente que ha formulado su petición a la agencia on line, este podrá optar por contratar este vuelo y lo hará directamente con Ryanair, aunque bajo la asistencia de la agencia de viajes. De tal forma que el precio del billete será el que haya determinado la propia Ryanair, a través de su especial software, y lo cobrará directamente del cliente dicha compañía, sin perjuicio de que, además y de forma separada, la agencia pueda cobrar sus servicios, que indudablemente existen y además son lícitos y merecedores de una comisión”⁵⁷⁹.

Provincial de Madrid ,Sección 28ª núm. 111/2012 de 30 de marzo (AC\2010\824) en el caso *Ryanair contra Red Universal de Marketing y Booking online*; Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 21 de enero de 2009; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 15 de diciembre de 2009 (AC\2010\1848) en el caso *Ryanair contra Atrápalo*), Ryanair alega la existencia de un incumplimiento contractual por parte de las agencias de viajes on line, señalando al respecto la existencia de un contrato que se perfeccionaría por el mecanismo conocido como *browser wrapping*, esto es, por el mero hecho de navegar por el sitio web No obstante, esta pretensión no ha encontrado acogida en las sentencias mencionadas. En efecto, tanto el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, como la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona entienden que aunque las agencias de viajes on line han infringido las condiciones de uso del sitio web, no se produce ningún tipo de infracción contractual, porque entre la aerolínea de bajo coste y las agencias de viaje on line no media relación contractual alguna. Según los referidos tribunales, la agencia de viajes no contrata directamente con la aerolínea, por lo que no puede quedar vinculada por unas condiciones generales que nunca ha aceptado. GARCÍA VIDAL, ANGEL, *Screen scraping: Condiciones generales de la contratación, bases de datos y competencia desleal en el conflicto entre Ryanair y las agencias de viaje*, op.cit. p.2 y 3.

⁵⁷⁸ Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona

⁵⁷⁹ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 429/2009 de 17 de diciembre de 2009 (AC\2010\1849) *Ryanair contra Edreams*. Considerando citado por NATIELLO, ORLANDO EDUARDO, “Aspectos Jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte Aéreo”, op.cit. p.612. Texto completo de la sentencia en www.jurisprudencia.vlex.es

En otra cuestión relativa a los SIR, un reciente fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁵⁸⁰, se pronuncia acerca del modo de presentación de las tarifas por parte de las compañías aéreas en el marco de un sistema de reserva electrónica.

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* de Alemania en que solicita al TJCE que interprete la segunda frase del art. 23, apartado 1º, del Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad.

El considerando 16 del Reglamento n°1008/2008, establece que: *“Los clientes deben poder comparar realmente entre compañías aéreas los precios por servicios aéreos. Por consiguiente, se debe indicar [siempre] el precio definitivo que debe pagar el cliente por viajes que tengan su origen en la Comunidad, con inclusión de todos los impuestos, tasas y cánones. También se anima a las compañías aéreas comunitarias a indicar los precios definitivos de sus servicios aéreos cuando se trate de servicios que tengan como origen terceros países y como destino la Comunidad”*

El artículo 23 del referido reglamento, que lleva por título *“Información y no discriminación”*, prevé en su artículo 1 que (el subrayado es nuestro): *“Las tarifas y fletes aéreos ofrecidos o publicados bajo cualquier forma, incluso en Internet, para servicios aéreos con origen en un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro al que se aplique el Tratado disponibles para el público en general incluirán las condiciones aplicables. Se indicará en todo momento el precio final que deba pagarse, que incluirá la tarifa o flete aplicable así como todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean obligatorios y*

⁵⁸⁰ Asunto C-573/13, disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-01/cp150004es.pdf>, visita del 19 de enero de 2015.

previsibles en el momento de su publicación. Además de la indicación del precio final, se precisará al menos lo siguiente:

- a) la tarifa o flete;
- b) los impuestos;
- c) las tasas de aeropuerto, y
- d) otros cánones, recargos o derechos, tales como los relacionados con la seguridad extrínseca o el combustible, cuando se hayan añadido a la tarifa o flete los conceptos contemplados en las letras b), c) y d).

Los suplementos opcionales de precio se comunicarán de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva, y su aceptación por el pasajero se realizará sobre una base de opción de inclusión”.

La petición se presenta en el marco de un litigio entre *Air Berlín* y la Unión federal de las centrales y asociaciones de consumidores, *Bundesverband*, quien ejercitó una acción en contra de la compañía aérea, exigiéndole cesara la forma en presentaba los precios en sus sistema de reserva⁵⁸¹ y reembolsara las costas que ocasionara el procedimiento.

⁵⁸¹ Hasta finales del año 2008 el sistema de reserva de Air Berlin estaba concebido de modo que, tras seleccionar un trayecto y una fecha, el cliente accedía, en un segundo paso, a una tabla con las posibles conexiones aéreas para el día elegido, en la que figuraban las horas de salida y llegada junto a dos tarifas para cada vuelo. Bajo la tabla, en un cuadro aparte, se indicaban los impuestos y tasas aplicables al servicio aéreo elegido, además del recargo por combustible, y se mostraba el “precio por persona” resultante, destacado con un recuadro. Tras el mencionado cuadro figuraba una nota con dos asteriscos mediante la cual se hacía referencia, en relación con las condiciones aplicables, a la posibilidad de cobro de una comisión de gestión («service charge») que no se incluía aún en el precio final. Después de que el cliente introdujese en un tercer paso del proceso de reserva los datos personales necesarios, en un cuarto paso se le indicaba el precio final del viaje, incluida la comisión de gestión. A raíz de la entrada en vigor del Reglamento nº 1008/2008 el 1 de noviembre de 2008, Air Berlin modificó el segundo paso de su sistema de reserva de manera que desde ese momento en la tabla con las horas de salida y llegada se indicaba además la tarifa del servicio aéreo elegido, así como, separadamente, los impuestos y tasas aplicables, el recargo por combustible, y la suma de todos esos importes mencionados por separado. Una casilla que figuraba en la misma tabla indicaba el precio calculado a partir de esos datos, las comisiones de gestión y, en la parte inferior, el precio final por persona para el vuelo seleccionado. Disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-01/cp150004es.pdf>,

El tribunal de primera instancia que conoció del asunto, acogió la demanda del *Bundesverband*. La sentencia fue confirmada por el tribunal de apelación⁵⁸², quien al igual que el tribunal de primera instancia, dedujo del tenor literal de las frases segunda y cuarta del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008 que el precio final de los servicios aéreos debe mencionarse sistemáticamente o en cada indicación de precios, de modo que, en un sistema de reservas estructurado en varios pasos, el precio final debe indicarse desde la primera vez que se muestren precios de vuelos y en todas las páginas que contengan una indicación de los precios. En este caso, el precio final habría debido indicarse no sólo respecto de los servicios aéreos preseleccionados por *Air Berlin* o elegidos por el cliente en la pantalla, sino también respecto de cada servicio aéreo mostrado en la tabla.

Air Berlin presentó recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof*, quien considerando que era posible una interpretación menos estricta de la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008, conforme a la cual la indicación del precio final en un momento temprano y no al término del proceso de reserva, como *Air Berlin* propone para todo servicio aéreo concretamente seleccionado, permitiría también garantizar una comparación real con los precios de otras compañías aéreas y, por lo tanto, de esa forma se respondería a la necesidad de protección de los consumidores, aun cuando tal comparación pudiera resultar menos sencilla para el consumidor.

En ese orden de ideas el *Bundesgerichtshof* decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE dos cuestiones prejudiciales. En primer lugar, consultar acerca de si la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del

⁵⁸² Quien estimo que dada la forma en que *Air Berlin* indica el precio de los vuelos en su sistema de reserva, infringió el artículo 23, apartado 1, segunda frase, del Reglamento nº 1008/2008. En efecto, a juicio del tribunal de apelación esa disposición, que prevé que el precio final que debe pagarse se indicará “en todo momento”, debía de entenderse en el sentido de que el precio final debe aparecer cada vez que se indique un precio. Así pues, el tribunal de apelación consideró que este requisito no concurre cuando una tabla se limita a indicar el precio de los diferentes vuelos con arreglo a los criterios de selección introducidos por el cliente, sin incluir las comisiones de gestión o indicando dichas comisiones por separado.

Reglamento nº 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un sistema de reserva electrónica, el precio final que deba pagarse por los servicios aéreos se ha de precisar en el momento en que se indique por primera vez el precio de dichos servicios; y, en segundo lugar, plantear ante el TJCE, si acaso la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un sistema de reserva electrónica, el precio final que deba pagarse se ha de precisar únicamente respecto del servicio aéreo seleccionado por el cliente o también respecto de cualquier otro servicio aéreo que aparezca en pantalla.

A juicio de *Air Berlin*, la respuesta a la primera cuestión prejudicial dependía de la interpretación de los términos “en todo momento”, que figuran en la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008. La compañía alegó que esos términos no exigen que el precio final que debe pagarse se precise al indicarse por primera vez el precio de los servicios aéreos, sino únicamente que se precise después de la selección por el cliente de un vuelo determinado y antes de formalizar definitivamente la reserva, precisando que en la tabla que aparece en pantalla en el segundo paso del proceso de reserva electrónica que ha puesto a disposición de los clientes, se preselecciona automáticamente la conexión menos cara y entonces el sistema indica el precio final en el sentido del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008, que incluye el precio del vuelo seleccionado, los impuestos y las tasas, el recargo por combustible y las comisiones de gestión. Según la línea aérea, si el cliente elige una conexión alternativa, por definición más cara, el sistema indica entonces el precio final correspondiente a ésta.

El *Bundesverband* por su parte estima que la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008 dispone que se indicará en todo momento el precio final que deba pagarse, que incluirá la tarifa o flete aplicable así como todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean obligatorios y previsibles en el momento de su publicación.

El respuesta a la primera cuestión prejudicial, la Sala Quinta del TJCE, estableció que según el considerando 16 del Reglamento nº 1008/2008, los clientes deben poder comparar realmente entre compañías aéreas los precios de los servicios aéreos y, por consiguiente, se debe indicar siempre el precio definitivo que ha de pagar el cliente por servicios aéreos que tengan su origen en un aeropuerto situado en el territorio de la Unión, con inclusión de todos los impuestos, tasas y cánones. Además, indica que a este respecto, el Tribunal ya había tenido ocasión de precisar que⁵⁸³, tanto del título del artículo 23 del Reglamento nº 1008/2008 como de los términos del apartado 1 de dicho artículo, se desprende claramente que esta disposición tiene por objeto garantizar la información y la transparencia de los precios de los servicios aéreos y que, por lo tanto, contribuye a salvaguardar la protección del cliente que recurre a esos servicios, luego, del considerando 16 del Reglamento nº 1008/2008, resulta que la obligación impuesta a la compañía aérea de indicar “siempre” el precio final que debe pagarse, es necesaria para permitir a los clientes comparar realmente los precios de los servicios aéreos prestados por las diferentes compañías aéreas, habida cuenta del objetivo de poder comparar en forma real los precios de los servicios aéreos, objetivo que persigue el artículo 23, apartado 1, de ese Reglamento, entonces a juicio del TJCE y en respuesta a la primera cuestión prejudicial, la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un sistema de reserva electrónica como el controvertido en el litigio principal, el precio final que deba pagarse se ha de precisar cada vez que se indiquen los precios de los servicios aéreos, incluida la primera vez que aparezcan en pantalla⁵⁸⁴.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, *Air Berlín* sostuvo que la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008 no exige que se indique el precio final respecto de cada vuelo que aparezca en pantalla,

⁵⁸³ Sentencia *sebookers.com Deutschland*, EU:C:2012:487, apartado 13, y *Vueling Airlines*, C-487/12, EU:C:2014:2232, apartado 32.

⁵⁸⁴ Considerandos 32 a 35 fallo TJCE, asunto C-573/13

sino sólo que se indique el precio final correspondiente al vuelo seleccionado por el cliente. Según la compañía, una comparación real, en el sentido del considerando 16 de ese Reglamento, sólo es posible cuando el cliente ha seleccionado un vuelo determinado, que enlace el aeropuerto de salida con el de llegada en un horario preciso, por lo tanto, a su juicio, la obligación de indicar el precio final, establecida en la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008, sólo es aplicable cuando el cliente ha seleccionado un vuelo determinado, y únicamente para ese vuelo.

El *Bundesverband* alegó que la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008 de indicar “en todo momento” el precio final se aplica a cualquier forma de publicación de tarifas aéreas, incluidas las tarifas propuestas para una serie de servicios aéreos presentadas en forma de tabla. Por consiguiente, limitarse a indicar el precio final del vuelo seleccionado no es suficiente para cumplir la obligación establecida por dicha disposición⁵⁸⁵.

En respuesta a la segunda cuestión prejudicial, el TJCE estimó que la obligación de indicar el precio final que debe pagarse por cada uno de los vuelos que aparecen en pantalla, establecida en la segunda frase del mismo artículo 23, apartado 1, no entraña en modo alguno la prohibición de indicar la tarifa o el flete aéreo respecto de cada uno de esos vuelos en las condiciones fijadas en la tercera frase de esa disposición. Por el contrario, a juicio del tribunal, del propio tenor de la tercera frase del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1008/2008 resulta que la obligación de precisar por lo menos la tarifa o flete, los impuestos, las tasas de aeropuerto y los demás cánones, recargos o derechos cuando esos componentes se hayan sumado a la tarifa o flete, viene a añadirse la obligación de indicar el precio final que resulta de la segunda frase de ese apartado 1, para finalmente responder que la segunda frase del artículo 23, apartado 1, del

⁵⁸⁵ Según *Air Berlin*, tal interpretación de la segunda frase del citado artículo 23, apartado 1, en el sentido de que el precio final que deba pagarse se ha de indicar respecto de cada vuelo que aparezca en pantalla, llevaría a que únicamente pudiera indicarse el precio final y, por lo tanto, a la prohibición general de indicar el precio del vuelo en sí, sin perjuicio de que la tercera frase de esa disposición exige que el precio del vuelo en sí figure claramente junto al precio final.

Reglamento n° 1008/2008 debía interpretarse en el sentido de que, en el marco de un sistema de reserva electrónica como el controvertido en el litigio principal, el precio final que deba pagarse se ha de precisar no sólo respecto del servicio aéreo seleccionado por el cliente, sino también respecto de cada servicio aéreo cuya tarifa aparezca en pantalla⁵⁸⁶.

14.2.- El *New Distribution Capability* (NDC)

Como hemos podido dar por establecido, el mercado del transporte aéreo no puede permanecer ajeno a la evolución que experimente la actividad y en la cual el uso de las herramientas que proporciona la contratación electrónica ocupa un papel primordial.

Cada cierto tiempo se producen fenómenos que afectan a toda la industria, en efecto, al tiempo de desarrollar nuestro trabajo surgió una iniciativa de la IATA por la cual se busca que sean las propias compañías quienes lideren nuevamente el mercado de la distribución, tal como lo fue en la época en que surgieron los SIR.

El 11 de marzo de 2013, la IATA presentó su Resolución N°787⁵⁸⁷ para la aprobación por parte del Departamento de Transporte (DOT) de Estados Unidos, del Proyecto NDC por el cual se establece una iniciativa para definir un nuevo estándar de mensajería entre las compañías aéreas y las agencias de viajes que permitiría una mayor transparencia y elección para los consumidores a la hora de adquirir un billete de pasaje aéreo, pues a este momento existe una clara diferencia entre la cantidad de información proporcionada a los consumidores a través del

⁵⁸⁶ Considerandos 43 a 45 fallo TJCE, asunto C-573/13.

⁵⁸⁷ Adoptada en la 34ª reunión de la Conferencia de Servicios de Pasajeros (PSC) en Abu Dhabi, 18-19 de octubre de 2012

canal directo de compra (la *web* de las aerolíneas), en comparación a los canales indirectos (SIR y agencias de viajes)⁵⁸⁸.

En la fundamentación de la Resolución N°787, IATA señaló⁵⁸⁹ que durante décadas, la venta de tickets por parte de las líneas aéreas se ha basado en dos factores: horario y precio, (utilizando los motores de búsqueda sólo para encontrar una tarifa mejor), pero la dependencia exclusiva de estos factores ha erosionado algunas ventajas adicionales que pudieran existir⁵⁹⁰. Ilustró que, por ejemplo, actualmente dos viajeros que comparten un vuelo, sentados uno al lado del otro, han pagado tarifas diferentes, pero esa diferenciación ha dependido solamente del mix tarifario y de las condiciones de cada tarifa.

La idea de la IATA es exacerbar la personalización para que cada pasajero pague por un viaje “a medida”⁵⁹¹, sumando a la tarifa base distintos servicios que

⁵⁸⁸ <http://www.dot.gov/airconsumer/iata-resolution-787-order-show-cause>, visita del 01 de diciembre de 2014

⁵⁸⁹ Disponible en http://www.dot.gov/sites/dot.gov/files/docs/IATA_Res_787_showcause.pdf

⁵⁹⁰ La presentar el NDC ante el DOT, la IATA por medio de un comunicado difundido por el CEO y director general de la entidad, Tony Tyler, indicó que: “*Los consumidores de hoy que acuden a una agencia de viajes o a un sitio web no tienen fácil acceso a todas las opciones para agregar valor a sus planes de viajes. Esto es porque el canal de ventas indirecto permanece en gran medida dependiente de las normas de mensajería anteriores a Internet. Hoy los agentes de viajes no pueden acceder a ver características importantes del producto, información que ya está disponible en los websites de las aerolíneas. El NDC cambiará eso*”.

⁵⁹¹ Conscientes de la necesidad de mejorar en este ámbito, aerolíneas y aeropuertos se han comprometido a mejorar y personalizar la experiencia de los pasajeros para el año 2017. En efecto, SITA, a través de sus reportes indica que seremos capaces de pasar menos tiempo chequeándonos, y tener más tiempo en salas de descanso y tiendas, tener mayor información del estado de nuestros vuelos, y usar aplicaciones para hacer cambios en nuestras reservas. Se busca mejorar la disponibilidad de Wifi y conectividad durante el vuelo, así como mejorar los vuelos cancelados y demorados. A juicio de la consultora, actualmente hay un muy buen desempeño de las aerolíneas en cuanto a la entrega de billetes electrónicos a través de teléfonos móviles y la entrega de información verídica respecto al estado de los vuelos. Con todo, se advierte que el ámbito de la demora y cancelación de vuelos probablemente no podrá ser superado para el año 2017. *Grading Airports and Airlines on Passenger Personalization Progress – Skift*, en <http://skift.com/2015/02/24/grading-airports-and-airlines-on-passenger-personalization-progress/#>. Visita del 27 de febrero de 2015.

Además, la misma consultora en su “Reporte de Futuro de Personal 2015”, que califica las aerolíneas y aeropuertos según como manejan las experiencias de sus pasajeros, e intentan predecir que aspectos se pueden mejorar para el año 2017 evaluó los siguientes ítems: a) información a los pasajeros b) conectividad y entretenimiento c) Manejo de interrupciones o problemas durante el viaje d) Mejoras en la experiencia del pasajero. De los aeropuertos y aerolíneas estudiadas, las áreas que mayor mejoría necesitaban eran las de acceso a *wifi*, conectividad y entretenimiento en vuelo. *Airports, airlines hope to offer scarily personalized service*

ha elegido y que hoy se ofrecen por separado, desagregados del precio (conocidos como *ancillaries revenues*).

Los SIR y la tecnología actual (internet) han apuntado históricamente hacia la facilitación y homogeneización del producto evitando la enorme dificultad que resultaría ofrecer y manejar un producto a medida para millones de consumidores anuales.

Esa personalización para la IATA es posible gracias al empleo del lenguaje binario XML⁵⁹² que se complementará con el existente (EDIFACT) estándar utilizado por las compañías aéreas. De acuerdo lo presentó IATA, lo que se pretende es tratar de incorporar una vía más y de mayor amplitud al mercado de la distribución, integrándose a los mecanismos existentes sin sustituirlos.

Dese luego, la presentación de la iniciativa causó la preocupación de los otros intervinientes como los SIR y las agencias de viajes, quienes vieron en la implementación del NDC un impacto negativo, ya que estarían dadas las condiciones para que las grandes líneas aéreas amplíen su participación en el ámbito de la distribución con lo cual el principio de transparencia que protege el sistema actual estaría condicionado a los intereses de una de las partes, en este caso, las grandes compañías aéreas.

by 2017, en <http://roadwarriorvoices.com/2015/02/24/airports-airlines-hope-to-offer-scarily-personalized-service-by-2017/>. Visita del 27 de febrero.

⁵⁹²XML son las siglas correspondientes a *Extensible Markup Language*, o Lenguaje de Marcas Extensibles, se trata de un nuevo lenguaje de Internet. Hasta ahora la red de redes estaba dominada por el HTML. La innovación viene de la mano de que el XML soporta bases de datos y es muy útil y eficiente cuando varias aplicaciones se deben comunicar entre sí e integrar información. Por otra parte, el nuevo lenguaje excede la web y permite el intercambio entre distintas plataformas. El origen se remonta a los años 70 cuando IBM creó un lenguaje denominado GML, Generalized Markup Language. El organismo internacional de estandarización ISO adoptó el lenguaje rebautizándolo SGML, (*Standard Generalized Markup Language*) El primer “hijo” fue el HTML, y el segundo, el XML. Esta suerte de facilidad de comunicaciones del nuevo lenguaje que permite comunicación fluida entre diversas plataformas, distintas bases de datos y diferentes programas, es la llave para que el XML sea la piedra angular del NDC de la IATA. La propuesta establece además ciertos objetivos asociados al uso de la nueva norma técnica, incluyendo la capacidad para proporcionar información personalizada de precios a quienes quieran adquirir un billete de pasaje aéreo. <http://www.ladevi.info/index.php/actualidad-internacional/13-actualidad-internacional/412-la-iata-desato-la-polemica-con-su-nuevo-sistema-de-distribucion>, vista del 10 de diciembre de 2014.

Por ejemplo el Foro Latinoamericano de Asociaciones Gremiales de Agencias de Viajes y Tour Operadores realizó una declaración oficial donde manifestó el absoluto rechazo al NDC, destacando el trabajo de los SIR que deben cumplir en forma rigurosa con un sistema transparente, garantizando entre otros aspectos, el acceso amplio y libre de las líneas aéreas interesadas en ofrecer su inventario por este sistema, para que sea distribuido globalmente a quienes forman parte de este canal.⁵⁹³.

Por su parte el Grupo Europeo de Protección de Datos del Artículo 29 (GT29)⁵⁹⁴, inició una evaluación de los posibles impactos del NDC en términos de privacidad y protección de datos, ya que a juicio de este órgano la nueva iniciativa parece tener el potencial de cambio de varias maneras de los procesos comúnmente utilizados para ofrecer y vender billetes de avión a viajeros, incluido el desarrollo de nuevas formas de procesamiento de los datos personales. Como parte de este esfuerzo, se envió un cuestionario a la IATA en diciembre de 2013, el que sirvió de base para la reunión con las fronteras, Viajes y Aplicación de la Ley (BTLE) subgrupo del Grupo de Trabajo que tuvo lugar el 15 de mayo. Las

⁵⁹³ <http://www.ladevi.info/index.php/actualidad-internacional/13-actualidad-internacional/412-la-iata-desato-la-polemica-con-su-nuevo-sistema-de-distribucion>, vista del 10 de diciembre de 2014.

⁵⁹⁴ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm, visita del 20 de diciembre de 2014. El GT29 fue creado por la Directiva 95/46/CE, es un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea - que realiza funciones de secretariado-. Las autoridades de los estados candidatos a ser miembros de la Unión y los países del EEE asisten a sus reuniones como observadores. El GT29 cuenta con un presidente y dos vicepresidentes, elegidos de entre sus miembros por periodos de dos años, renovables. Se reúne en plenarios con una periodicidad bimensual y organiza sus trabajos a través de diversos subgrupos temáticos, que preparan las decisiones del plenario. Las funciones del GT29 reconocidas por la Directiva incluyen estudiar toda cuestión relativa a la aplicación de las disposiciones nacionales tomadas para la aplicación de la Directiva, emitir dictámenes sobre el nivel de protección existente dentro de la Comunidad y en países terceros, asesorar a la Comisión sobre cualquier proyecto de modificación de la Directiva, y formular recomendaciones sobre cualquier asunto relacionado con la protección de datos en la Unión Europea. El GT29 se pronuncia a través de Dictámenes, Documentos de Trabajo, Informes o Recomendaciones, aunque también manifiesta su posición en cartas o comunicados de prensa. Las decisiones del Grupo no son jurídicamente vinculantes, pero tienen un importante valor doctrinal y son frecuentemente utilizados y citados por los legisladores y los tribunales nacionales y europeos. http://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/grupo_29_europeo/index-ides-idphp.php, visita del 20 diciembre de 2014.

respuestas enviadas por la IATA, así como sus declaraciones públicas sobre el tema se basan en la idea de que el proyecto NDC está sólo dirigido a desarrollar una forma estándar para el software de la industria que podría ser utilizado durante el proceso de compra y reserva de billetes de avión. En ese sentido, la respuesta de IATA insiste en que la norma como tal, no está directamente afectada por la protección de datos y las regulaciones de privacidad, al tiempo que reconoce que las especificaciones de los datos incluidos puede permitir otras partes interesadas para recoger datos de carácter personal. Sin perjuicio de lo anterior IATA también ha señalado que cualquier desarrollo en base a la nueva norma debe respetar el marco jurídico de protección de datos aplicable.

Una vez presentada a tramitación ante el DOT y ante la crítica del sector, en enero de 2014 la IATA informaba la flexibilización del NDC. La asociación presentó una moción a la Resolución 787, por la que en la que introducía algunas novedades que hacían más flexible el sistema y que consistían en el compromiso de la no adopción de un estándar específico para la transmisión de datos por parte de las aerolíneas de la IATA, proponiendo al efecto el uso de un estándar abierto que permitiera de ese modo la utilización de los estándares actuales y se comprometiera, de otro lado, a que no existiría ninguna restricción sobre la utilización de ningún canal de distribución y a que los datos de los pasajeros estarán protegidos, al tiempo que no se les obligaría a facilitar datos de carácter personal.

Para los SIR (Amadeus en concreto) estas modificaciones fueron un paso importante, pues daban respuesta a preocupaciones relativas a la obligatoriedad de la Resolución 787. La propiedad de los datos y de las cuestiones de privacidad, así como la compatibilidad con versiones anteriores, permiten asentar un entorno de colaboración entre los actores⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ http://www.apaai.org/portalN/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=813, visita del 02 de diciembre de 2014;

El 21 de mayo de 2014, el DOT aprobó de forma provisoria la resolución⁵⁹⁶ 787 de la IATA, dando su parecer favorable al NDC, reconociendo que las normas y protocolos innovadores que propuso la asociación serían favorables a la competencia de interés público.

La autoridad americana se refirió favorablemente sobre los mecanismos de transparencia, por los cuales la IATA se comprometió a garantizar que no se requerirá que los pasajeros proporcionen información personal para recibir una oferta de tarifas. Con todo, se dispuso que la norma siga siendo voluntaria y que cada compañía sea libre de elegir sus propias metodologías de intercambio de datos⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Order 2014-5-7, Action on IATA Agreement Issued by the Department of Transportation on the 21st day of May 2014; Agreement among Member Carriers of the International Air Transport Association concerning an agreement (Resolution 787) of the Passenger Services Conference

⁵⁹⁷ De acuerdo con el DOT, la resolución 787 *"creará normas técnicas en toda la industria moderna y protocolos para la transmisión de datos a lo largo de la cadena de distribución, la promoción de la eficiencia, el ahorro de costes y la innovación a través de un intercambio en tiempo real de los precios y el servicio de información entre los operadores, agentes de viajes, clientes y otras partes, como los agregadores basados en web"*. Asimismo señaló que *"el uso de normas técnicas comunes podría facilitar el desarrollo del mercado de las prácticas de distribución y canales que hacen que sea más fácil para los consumidores comparar las tarifas aéreas de la competencia y de los productos auxiliares a través de múltiples canales de distribución"*. Además, manifestó que a juicio de la autoridad este modelo *"hace la compra más conveniente, permite a los operadores personalizar servicios y comodidades ofertas, y aumenta la transparencia, la eficiencia y la competencia"*. http://www.reportenlinea.com/index.php?option=com_content&view=article&id=22013:estados-unidos-dio-el-visto-bueno-al-ndctransporte-aerocomercialus&catid=58&Itemid=88

En Europa. G29 inició una evaluación de los posibles impactos del NDC en términos de privacidad y protección de datos, ya que a juicio de este órgano la nueva iniciativa parece tener el potencial de cambio de varias maneras de los procesos comúnmente utilizados para ofrecer y vender billetes de avión a viajeros, incluido el desarrollo de nuevas formas de procesamiento de los datos personales. Como parte de este esfuerzo, se envió un cuestionario a la IATA en diciembre de 2013, el que sirvió de base para la reunión con las fronteras, Viajes y Aplicación de la Ley (BTLE) subgrupo del Grupo de Trabajo que tuvo lugar el 15 de mayo. Las respuestas enviadas por la IATA, así como sus declaraciones públicas sobre el tema se basan en la idea de que el proyecto NDC está sólo dirigido a desarrollar una forma estándar para el software de la industria que podría ser utilizado durante el proceso de compra y reserva de billetes de avión. En ese sentido, la respuesta de IATA insiste en que la norma como tal, no está directamente afectada por la protección de datos y las regulaciones de privacidad, al tiempo que reconoce que las especificaciones de los datos incluidos puede permitir otras partes interesadas para recoger datos de carácter personal. Sin perjuicio de lo anterior IATA también ha señalado que cualquier desarrollo en base a la nueva norma debe respetar el marco jurídico de protección de datos aplicable. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm

En Junio de 2014, IATA anunció que pondría en marcha un programa piloto para probar el NDC que se iniciaría con un primer test en el que participarán tres aerolíneas: Aeroflot, Aer Lingus y Qatar Airways, mientras que JR Technologies (JRT) conducirá un segundo programa piloto con miras a tener operativo el sistema a nivel mundial en 2016.

15.- LA APLICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE AÉREO DE MERCANCÍAS. EL PROYECTO *E-FREIGHT* DE LA IATA

La fortaleza del transporte aéreo de mercancías, como una posible alternativa al empleo de otros medios de transporte como el marítimo o el terrestre, radica en que por la vía aérea es posible poner en contacto países y sujetos muy distantes uno de los otros en tiempos muy reducidos.

Desde los inicios de la aviación comercial, se ha procurado utilizar las rutas más rápidas de conexión y comunicación recurriendo en la medida que la época de que se tratase lo permitiese, las tecnologías de la información.

Consciente de la necesidad de avanzar hacia la modernización del transporte aéreo de mercancías y luego colaborar con éxito en la implantación de la distribución y documentación electrónica de los servicios de transporte de pasajeros, la IATA promovió la eliminación total del papel en los procesos de transporte internacional de mercancías.

A estos efectos lanzó el año 2005 el IATA *e-freight project*⁵⁹⁸, que de inmediato significó un nuevo e importante reto para el sector pero con implicaciones diferentes a la de la implementación del *e-ticket* en el transporte de pasajeros ya que la documentación producida en las operaciones de transporte de mercancías

⁵⁹⁸ En cuanto al cronograma original y los plazos fijados para la sustitución de los soportes documentales, estaba previsto, para fines de 2009, reemplazar dieciséis documentos físicos por mensajes electrónicos y cuatro documentos adicionales serían reemplazados en 2010..

es mucho más numerosa que la necesaria en el pasaje y de más variada naturaleza, a causa del diferente y más complejo régimen administrativo que pesa sobre el porteador en cuanto a los documentos que se deben emitir para transportar las mercaderías.

En concreto se trata de una iniciativa destinada a la cadena de suministro de la carga aérea, la cual involucra a los transportistas, expedidores de carga, manipuladores en tierra, compradores, agentes de aduanas y autoridades aduaneras.

El objetivo del proyecto es claro. Se busca reemplazar los documentos en papel producidos en diferentes momentos a lo largo de la cadena, esto es, en el momento de la entrega por el cargador al intermediario, en el acto de recepción de la mercancía por el porteador aéreo de manos del intermediario, en el momento de cruzar aduanas en el país de origen, y en los sucesivos actos que se deben llevar a cabo en el país receptor, suponiendo que no haya más personas implicadas en la operación y que no sea necesario, por los motivos que sean, fraccionar el envío de esta documentación.

Se pretende transitar, en forma absoluta, de la documentación en soporte papel al envío de mensajes electrónicos, a fin de reducir costos y mejorar los tiempos de tránsito, la exactitud y la competitividad del transporte de carga aérea.

La exigencia de cambio se identifica con la necesidad de adaptación de la industria en un entorno en el que la *electronificación* estaba siendo demandada por los usuarios. En efecto, grandes compañías importadoras que ya contaban con soluciones para la gestión de sus *stocks* basadas en el tratamiento electrónico de toda la información generada, requerían de transportistas o intermediarios que contaran con la infraestructura y procedimientos necesarios que permitieran el

empleo de los señalados métodos sin ruptura en la cadena de transmisión de información por medios y en forma electrónicos⁵⁹⁹.

Para lograr el objetivo, la IATA tiene a su cargo el diseño de las *e-AWB*. El funcionamiento del sistema requiere de cambios en las regulaciones y en el marco legal de los Estados, pues deberán ser digitales los documentos que acompañan al *e-freight* en cuanto sistema y al *e-AWB* como documento fundamental⁶⁰⁰.

Si bien la instrumentación electrónica de la carta de porte aérea en transporte internacional tiene la facilidad de contar con un ordenamiento jurídico vigente que las habilita, cual es el CM de 1999⁶⁰¹, el problema para la implementación viene dado puesto por la necesaria adaptación de normas legales y reglamentarias de cada uno de los Estados signatarios, de hecho se ha estimado que va a resultar difícil que el transporte aéreo de mercancías sea totalmente electrificado⁶⁰².

Sin soslayar que no obstante lo beneficioso que puede llegar a resultar el proyecto, se pueden mencionar otras dificultades que pueden frenarlo o retrasarlo, como la resistencia en el seno de la propia industria aérea, fruto de las distintas culturas empresariales (lo que exige la mentalización de los más reticentes acerca de las ventajas e incluso de la necesidad de su implantación); la ausencia de una postura uniforme entre las autoridades que han de promover el proyecto dada la

⁵⁹⁹ ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, GARCÍA MANDALONIZ, Marta, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa, "Electronificación de Instrumentos de Transporte Aéreo de Mercancías", op. cit., p.3; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, "La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad", ob. cit., p 209.

⁶⁰⁰ Para el *e-freight*: 1. factura, 2. packing list, 3. certificado de origen, 4. declaración de bienes de exportación, 5. liberación de aduana de exportación, 6. declaración exportación de carga, 7. declaración importación de carga, 8. declaración de importación de mercaderías, 9. liberación de aduana de importación; para el *e-AWB*: 1. master awb, 2. house awb, 3. house manifest, 4. manifiesto de carga/vuelo. VASSALLO, CARLOS MARÍA, "Resolución IATA 672. Comentarios sobre la e-freight internacional", Publicado en *Suplemento de Derecho Marítimo y Transporte*, Buenos Aires, El Dial, 13 de junio de 2013 (elDial.com – DC1AAF), disponible en <http://cedaeonline.com.ar/2013/06/14/resolucion-iata-672-comentarios-sobre-la-e-freight-internacional/>

⁶⁰¹ Vid. 9.2 de este trabajo.

⁶⁰² PETIT LAVALL, María, "El contrato de transporte aéreo de mercancías", op. cit. 5435

falta de fuerza vinculante de los instrumentos que tienen a su alcance las organizaciones intergubernamentales que las agrupan (de ello son un ejemplo evidente las recomendaciones que formula la OMC patrocinando la *electronificación* de los procesos que controlan las autoridades de aduanas); y finalmente la falta de estandarización de las infraestructuras tecnológicas, ya que la convergencia de los procesos de documentación y comunicación va a exigir un elevado nivel de inversiones y recursos, coste que las empresas y autoridades tienen que estar dispuestas a asumir y que puede resultar difícil de justificar sobre todo si en el momento actual ya manejan tecnologías que aún no han terminado de amortizar⁶⁰³.

A fin de salvar este último inconveniente de carácter técnico, la IATA ha dictado, en su Conferencia de Servicios de Carga, la Resolución 672 del 10 de marzo de 2013, poniendo esta herramienta en manos de sus miembros para documentar y ejecutar acuerdos para el transporte de mercancías con la carta electrónica en lugar de la carta de porte aérea impresa, es decir, materializa lo dispuesto en el art.4,2 CM, en virtud del cual: “...*cualquier otro medio en que quede constancia del transporte que deba efectuarse podrá sustituir a la expedición de la carta de porte aéreo....*”.

La Resolución IATA 672 no es de adopción obligatoria para los transportistas miembros de IATA, pues en muchos casos el transporte se realiza entre países en los cuales no todos ellos son parte del Convenio de Montreal de 1999, o bien, siendo parte, todavía lo impiden los recaudos de las legislaciones internas de los Estados o la falta de implementación global entre las compañías aéreas (tal como pasó con los *e-tickets* en donde las transportadoras fueron avanzando en forma gradual). No obstante lo anterior, este instrumento será vital para la implementación final del *e-freight* pues regula un Acuerdo Multilateral para el e-

⁶⁰³ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, GARCÍA MANDALONIZ, Marta, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa, “*Electronificación de Instrumentos de Transporte Aéreo de Mercancías*”, ob. cit., p. 6 y 7; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, “La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad”, ob. cit., p 210.

AWB, (el cual empezó a regir desde el 18 de abril de 2013) y proporciona un único modelo estándar de contrato que las líneas aéreas y agentes de carga firmarán por única vez con IATA, para comenzar a emitir el e-AWB, con todas las demás compañías que forman parte del contrato⁶⁰⁴.

En Chile, la implementación del proyecto se inició en mayo de 2009. Fue en el tercer país en Latinoamérica que adhirió al proyecto después de Brasil y Perú, para ya en junio de 2010 alcanzar el objetivo del despacho de carga aérea en un entorno electrificado y ser sancionado de esa forma por IATA, que anunció en su oportunidad que el *e-freight project* se encontraba operativo en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile (SCL), lo que convirtió a este terminal aéreo en el primer aeropuerto latinoamericano en implementar satisfactoriamente esta iniciativa. Sin perjuicio de lo anterior no se puede soslayar el hecho de que esta primera experiencia resultó exitosa en gran medida porque se escogió un embarque (salmónidos), a un destino para el cual el mercado chileno no requiere mayor cantidad de documentos (Estados Unidos) y en que el organismo que participó en él (que en este caso fue el Servicio Nacional de Aduanas) tuvo desde un comienzo la disposición de colaborar activamente en el desarrollo de este proyecto. Con todo, se estima que este hito marcó el inicio de una nueva era en la cadena de abastecimiento de la industria de carga aérea en

⁶⁰⁴ Para lograrlo, esta resolución incluye, en su "Anexo A", un Acuerdo Multilateral Tipo, del que serán parte las Líneas Aéreas -*Carriers*-, los aeropuertos aceptables incluidos en su "Anexo B" y los "Agentes de Cargas" o *Freight Forwarder*, listados en su "Anexo C" (listados de *Carriers* y Agentes en www.iata.org / e-AWB multilateral). El EDI (regulado por la Práctica Recomendada de IATA n° 1670) abarcará, además de la e-AWB, los datos comerciales, administrativos y de transporte sobre un formato o "mensaje estándar" establecido por la IATA 670. La transferencia de datos será entre los ordenadores, quedando asentado como prueba del contrato un "registro de envío", "recibo de carga" y "registro de embarque". El Acuerdo Multilateral entrará en vigor entre el *Carrier* y el Agente de Cargas una vez que el cargador particular sea notificado por el *Carrier* que ha cumplido con todos los requisitos de la comunicación electrónica en el marco del Acuerdo IATA 672, esta Resolución no modifica la IATA 600i (sobre condiciones particulares de la contratación en el transporte aéreo de carga) ni las condiciones particulares de los *Carriers*, fletes aplicables, y condiciones de "listo para el transporte". Sobre el análisis del Acuerdo e-AWB Multilateral en cuanto a su activación, régimen jurídico para los intervinientes, extinción del Acuerdo y operaciones y responsabilidad que de éste se deriva vid. VASSALLO, CARLOS MARÍA, "Resolución IATA 672. Comentarios sobre la e-freight internacional", op.cit.

Chile y transformó al país en un referente en el desarrollo del *e- freight* a nivel latinoamericano⁶⁰⁵.

El proyecto *e-freight* constituye una verdadera revolución de la cadena del transporte que no sólo afecta al AWB, sino a todos los documentos emitidos por cualquiera de los intervinientes en el proceso del transporte aéreo ya que para su implementación exitosa no basta con un esfuerzo unilateral de la industria del transporte aéreo sino que requiere necesariamente la colaboración de otros agentes como la Organización Mundial de Aduanas (*World Customs Organizations*, WCO), las Naciones Unidas a través de UN/CEFACT (*United Nations Centre for Facilitation and Electronic Business*) y UNECE (*United Nations Economic Comisión for Europe*)⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Casi cinco años después de esa experiencia el programa aún se encuentra en marcha blanca y comenzará a ser incorporado gradualmente ya que no es posible al día de hoy utilizarlo en todos los casos, puesto que deben existir protocolos de acuerdo entre las autoridades gubernamentales de cada país con el objeto de permitir y autorizar documentos vía electrónica y no electrónica, por ejemplo muchos países exigen los certificados consulares, de origen y fitosanitarios originales. El caso del envío de salmón a Estados Unidos desde Chile es puntual, porque no exige estos certificados. Sin embargo, para masificar el sistema aún falta camino por recorrer principalmente a nivel de administración electrónica. En tal sentido y como una muestra de la cooperación y ayuda que debe brindar el estado a la hora de promover la facilitación de la industria podemos mencionar la labor del Servicio Nacional de Aduanas, que se encuentra actualmente trabajando en iniciativas tendientes a dar solución a la falta en la homogeneidad en la documentación de origen, como por ejemplo planes piloto de certificación de documentación electrónica que se ejecuta bajo el patrocinio del Banco Interamericano de Desarrollo, destinado a solucionar los problemas relativos a las medidas de seguridad con que deben contar los procesos de transmisión electrónica de datos, o la iniciativa en la que viene trabajando el mismo servicio desde fines de 2011 de otorgar marco regulatorio que fija las normas aplicables a las carpetas de despacho electrónicas o expediente electrónico conformado por todos los documentos de base exigidos por el Servicio Nacional de Aduanas, para la confección de una destinación aduanera frente a una operación determinada, estableciendo que la creación de carpetas de despacho en forma electrónica por parte del Agente de Aduanas es optativa, pudiendo mantener estas carpetas en formato papel y en formato electrónico y que, en caso de optar por la mantención en formato electrónico de la carpeta de despacho, la fiscalización que efectúe el Servicio de Aduanas se realizará a los documentos electrónicos o digitalizados que se incorporen al expediente, observando de esta manera el principio de neutralidad tecnológica que informa al comercio electrónico

⁶⁰⁶ Todas entidades que han promovido la facilitación del tráfico comercial internacional y la estandarización en la aplicación de las nuevas tecnologías a los procesos de comunicación de naturaleza y finalidad comercial o administrativa. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, *“La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad”*, op. cit., p 208.

A 10 años del lanzamiento de la iniciativa, la operatividad del sistema no es efectiva en un 100%. En efecto, en el último tiempo han surgido iniciativas, promovidas por la IATA para facilitar su implementación efectiva.

A este propósito la asociación ha confirmado en la últimas semanas que se encuentra desarrollando formatos simples de *e-AWB* para agentes de bajo volumen⁶⁰⁷. Esto consistiría en el empleo de plataformas electrónicas, que en vez de la emisión de AWB, recibirían de forma muy básica un simple mensaje electrónico con los detalles de envío.

Lo anterior suscitó la preocupación algunas compañías de tecnología informática quienes han manifestado sus reparos ya que pareciera que la IATA se está involucrando en su mercado. Sin embargo, la asociación ha insistido que es sólo una forma de proveer a los consumidores de un servicio básico, que de otra forma no sería prestado ya que se ha constatado que la utilización de *e-AWBS*, es una limitante para la industria del transporte de carga aérea, lo que se podría mejorar considerablemente al utilizarse plataformas electrónicas, haciéndose más óptima la comunicación entre los involucrados, por cuanto al día de hoy no se está usando la información de forma efectiva , provocando demoras que aumentan considerablemente los costos del transporte, como por ejemplo, los gastos de almacenamiento⁶⁰⁸.

Sin embargo, a nuestro juicio compartimos la opinión⁶⁰⁹, de que esta construcción de la industria aeronáutica no es más ni menos que una aplicación práctica del principio de equivalencia funcional, que en relación a los otros postulados del comercio electrónico ha permitido exitosa y gradualmente

⁶⁰⁷ Why is IATA blaming the forwarders for the slow increase in eAWB volume?, en <https://www.linkedin.com/grp/post/3844580-6050502965540769795?trk=groups-post-b-title>, visita del 24 de septiembre de 2015

⁶⁰⁸ <http://theloadstar.co.uk/iata-to-develop-eawb-platform-to-help-smaller-forwarders-get-into-e-freight/>, visita del 24 de septiembre de 2015.

⁶⁰⁹ En tal sentido ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, GARCÍA MANDALONIZ, Marta, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa, *“Electronificación de Instrumentos de Transporte Aéreo de Mercancías”*, op. cit., p.19.

incorporar las nuevas tecnologías en distintos procesos productivos de bienes y servicios que requieren de una regulación efectiva por parte del Ordenamiento jurídico.

La idea que ha sugerido la génesis del proyecto *e-freight* es que no debe caerse en el error de intentar trasladar la arquitectura que soporta la sucesiva cobertura de trámites con relevancia jurídica en la cadena de transporte, mediante la localización y engranaje del equivalente electrónico de cada una de sus piezas (documento, emisión, entrega, posesión), por cuanto muchas veces se olvida que esta arquitectura en el mundo físico tiene sentido porque permite el cumplimiento de una función y es esta función respecto de y a partir de la cual hay que aplicar la noción de equivalencia. La equivalencia en la función y el resultado se contenta con la mera consecución de los mismos sin que importe la arquitectura. Al menos hipotéticamente, sin documento, sin emisión, sin recepción, sin posesión, se puede diseñar una arquitectura electrónica para la instrumentación de los trámites con relevancia jurídica necesarios en un proceso de transporte: cumplimiento de deberes administrativos, asignación de responsabilidades, constitución y transmisión de derechos, prueba y legitimación para su ejercicio, etc. Una aplicación inadecuada del principio de equivalencia funcional no permite la realización de todas las posibilidades de los medios electrónicos con respecto a un único fin, al contrario se convertiría en un lastre, corriendo el peligro de que el principio más elemental del comercio electrónico, y que de manera tan brillante ha servido de guía en el desarrollo de soluciones a los problemas planteados por el empleo de la informática, se vea injustamente despojado de sus méritos y privado de parte de su potencial⁶¹⁰

Es por ello que habrá que estar atento por lo tanto a que la premisa propia del comercio electrónico cumpla la función que emana de su denominación, esto es, ser sólo un equivalente jurídico de las formas tradicionales de celebración e instrumentalización del vínculo contractual, aun cuando en el caso particular del e-

⁶¹⁰ *Ídem* n° 587

freight se trate de como las nuevas tecnologías pueden facilitar la exitosa implementación de política públicas, tema esencial para las economías en desarrollo como las latinoamericanas.

CONCLUSIONES

Al inicio de la presente investigación exponíamos acerca de cómo el avance de las modernas tecnologías de la información y la comunicación, no podía resultar ajeno al negocio del transporte aéreo, por cuanto este sector debía ocuparse y procurar que, en su proceso productivo y los negocios jurídicos a que diere lugar, se alcanzaren los estándares necesarios para lograr la mayor certeza, rapidez y seguridad para quienes intervienen en ellas y para la industria en su conjunto. Adelantábamos que para alcanzar este objetivo resultaba imperioso vincular el transporte aéreo de personas y mercaderías con las nuevas tecnologías.

Al concluir este trabajo y exponer las principales conclusiones a que no ha dado lugar podemos, podemos constatar que los esfuerzos conjuntos llevados a cabo por organismos tanto públicos como privados a la hora de difundir, implementar y consagrar en la normativa, nacional o internacional, el uso de estas tecnologías en el régimen jurídico del transporte aéreo, se ha traducido en una realidad irrefutable, reconocida por Convenciones internacionales y por los Ordenamientos jurídicos que han servido de base a nuestro trabajo.

Nuestra tesis la hemos dividido abordando en los primeros capítulos los aspectos más generales del contrato de transporte aéreo de pasajeros y de mercaderías, y del Derecho de la contratación electrónica. Sin perjuicio de ello en este apartado nos centraremos en los capítulos tercero y cuarto, por cuanto constituyen el objetivo central de su desarrollo.

En cuanto a los efectos de la *electronificación* en los instrumentos del transporte aéreo, podemos concluir que en ningún caso la sustitución de su soporte, de papel a uno electrónico va a originar mutaciones en cuanto a la naturaleza jurídica y las funciones que desempeñan tales instrumentos. En efecto, al no constituir el billete de pasaje, el talón de equipaje ni la carta de porte

solemnidades ni formalidades por vía de prueba de los contratos de transporte aéreo de pasajeros y de mercancías respectivamente, y en virtud de la aplicación del universalmente aceptado principio de la equivalencia funcional, el marco normativo admite su incorporación sin alterar su esencia jurídica. El éxito del uso e implementación de la tarjeta de embarque electrónica se deriva de las políticas de reducción de costos y facilitación del transporte aéreo que vienen adoptando la industria, más que del régimen jurídico que le pudiera resultar aplicable, que muchas veces ni siquiera se preocupa de su tratamiento.

Aceptar esta realidad implica entender a este principio, base de la contratación electrónica, en directa relación con el principio de la no discriminación, ya que de esta forma se acepta que por medio del uso de la documentación electrónica se obtiene, de la misma forma que en papel, una manifestación positiva y efectiva de determinados efectos jurídicos. Son dos aspectos por tanto, uno positivo, la equivalencia funcional tecnológica; y otro negativo, la no discriminación. Reconocer esta realidad en definitiva significa avanzar un peldaño más hacia arriba en lo relativo al reconocimiento de la validez de los títulos electrónicos, y en el caso estudiado el *e-ticket* y del *AWB* electrónico lo demuestran fehacientemente.

Si bien a propósito del billete de pasaje electrónico se discutía si el aviso exigido en el CV y que subsiste en el CM, podía ser cumplido en soporte telemático, la conclusión a la que se arriba en el Derecho chileno, en el español, en incluso en el norteamericano indistintamente, es que tal aviso puede ser perfectamente satisfecho en un documento electrónico.

En cuanto al debate que en teoría pudiera tener lugar a propósito de la posibilidad de transferir el billete de pasaje, las compañías sólo vienen aplicando en sus condiciones generales lo dispuesto por la IATA, que en la práctica recomendada 1724 declara que el billete es intransferible. La contratación electrónica del transporte aéreo de pasajeros ha contribuido a hacer más explícita

esta situación por medio de la referencia en las condiciones generales de la contratación incorporadas por las líneas aéreas de la prohibición expresa de transferir el billete de pasaje, información fácilmente transmisible en una plataforma electrónica que contenga tales condiciones y cuya aceptación por parte del contratante es necesario para el contrato se perfeccione.

La carta de porte aéreo por su parte, en principio presenta elementos y cumple una función aparentemente más compleja que el billete de pasaje. No obstante en definitiva, tampoco se ve afectada en cuanto a su naturaleza y funciones de ser elemento de prueba de celebración del contrato y de recibo de las mercaderías si consta en un soporte informatizado. Sin perjuicio de lo anterior, la electrificación del *AWB*, puede afectar el rol que este instrumento está llamado a desempeñar como mecanismo para ejercer el derecho de contraorden del expedidor, ya sea ejercitándolo o para garantizar su bloqueo, para el caso que este documento se utilice en el seno de una operación de crédito documentario. Si el mecanismo de desmaterialización del *AWB* no contemplase un sistema adecuado para garantizar estas funciones, como parece sigue sucediendo en el proyecto *E-Freight*, puesto en marcha por IATA y que, a pesar de los avances, aún no alcanza un desarrollo definitivo, lo más recomendable sería renunciar explícitamente a este derecho en el propio documento, algo que es perfectamente posible en la carta de porte aérea expedida en soporte informatizado.

En lo referido a la función del *AWB* como título valor representativo de las mercaderías, la desmaterialización sólo viene a poner de manifiesto la tendencia universalmente aceptada y difundida en cuanto a que asignarle tal rol a este instrumento es una ficción que a nada conduce. No obstante lo expresado, la *electrificación* sí afecta a la función de título valor que otros instrumentos del transporte como el conocimiento de embarque desempeñan. Es por ello que desde hace tiempo se viene trabajando en iniciativas tendentes a subsanar tal situación, que no afectan al transporte aéreo de mercancías.

Lo anterior nos lleva a una importante constatación, cual es el grado de retraso en que se encuentra el Derecho del transporte aéreo chileno sobre esta materia en particular. Asignar el papel de título valor a la carta de porte aérea, encuentra una solución absolutamente forzada en el Derecho nacional en pos de conservar las funciones y naturaleza jurídica que tradicional e indiscutidamente se le asigna por parte de la legislación y doctrina nacional al AWB, situación que sólo se reitera cuando este documento consta en un soporte telemático.

Lo dicho no ha de sorprendernos. La evolución jurídica del Ordenamiento chileno sobre el transporte aéreo se ha caracterizado por permanecer rezagada respecto de la comunidad internacional, lo que se puede corroborar con el hecho de que recién en el año 1979, Chile se incorporó al Sistema de Varsovia, e incorpora con diez años de retraso la Convención de Montreal a su Derecho interno. Por mucho que nuestro país lidere en su región los índices, y vaya a la vanguardia en la implementación de las nuevas tecnologías en sus políticas públicas y privadas, como lo demuestra el hecho de que desde se decidirá por parte de la industria adoptar el sistema electrónico de emisión del billete de pasaje aéreo, la meta de implementarlo se consiguió en pocos años sin mayores dificultades o el hecho que fuera el país pionero en Latino América en la implementación del *E-Freight* , y los avances materiales que experimente un país, esto no puede ir separado de la evolución de su normativa, siendo necesario visitar ciertos principios y concepciones jurídicas que se encuentran absolutamente fuera de sintonía con el avance que ha experimentado el marco jurídico y la regulación internacional del transporte aéreo.

Por tratarse de un contrato de adhesión sujeto a condiciones generales de la contratación, podríamos el transporte aéreo es de aquellos negocios jurídicos en que eventualmente puede darse un entorno que resulte extraordinariamente propicio para la incorporación de cláusulas abusivas.

Lo anterior se ha convertido en una situación particularmente sensible con la irrupción de las aerolíneas *low cost* que se caracterizan por la venta directa pasajes a través de canales directos, prescindiendo de un SIR, por la no emisión física de billetes de pasaje, la minimización de costos operativos, la maximización de la ocupación de sus vuelos y de la utilización de las aeronaves, así como la flexibilidad en la adquisición de trayectos, o la realización de vuelos sin conexión o escalas. Además de lo anterior, se plantea en la práctica el problema jurídico de la información precontractual que se debe facilitar al pasajero, y que no siempre es proporcionada por estas compañías en forma transparente.

Existe cierto consenso en cuanto a que las aerolíneas de bajo coste redactan e imponen ciertas cláusulas a los pasajeros cuya licitud resulta dudosa, encontrándose entre ellas las que establecen un cargo económico adicional por la emisión del billete electrónico, la multa impuesta por llevar impresa la tarjeta de embarque, a aquella por la cual se establecen exenciones de responsabilidad por operar vuelos directos sin escalas en virtud de la cláusula punto a punto.

A este respecto participamos de aquellos que entienden que estas cláusulas son abusivas por cuanto si al pasajero se le está cobrando el abono de los gastos de comercialización, o se le está cobrando el pago de unos servicios adicionales de gestión distintos del mero envío o remisión del documento de transporte, imponiéndole el pago de una determinada cantidad que no corresponde a una contraprestación adicional de ningún tipo, y que es una obligación que inexcusablemente corresponde al transportista, luego, será a él a quien le corresponda financiar su cumplimiento y no al pasajero. Si el abono de los cargos por emisión del billete fueran necesarios y obligatorios para la adquisición, este debe ser considerado como un gasto del transporte, cualquiera sea el soporte en que se emita, sin que sea posible la imposición de costes adicionales por el hecho de emitir el documento.

De la misma forma, estimamos que no corresponde fijar una penalización económica por la no impresión de la tarjeta de embarque, por cuanto, y aunque el transportista es libre de establecer aquellas condiciones que estime pertinente de incluir en el contrato de pasaje, desde la óptica de la protección del consumidor, resulta indiscutible que ni la publicidad de la cláusula ni el precio de la prestación principal pueden justificar el desequilibrio de derechos y obligaciones proveniente de una cláusula contractual como la que exige al pasajero la impresión física del documento.

En lo referido al posible carácter abusivo de las cláusulas de punto a punto, y habiendo sido conocida por los tribunales la legalidad de este tipo de cláusulas no compartimos aquél criterio jurisprudencial que alas ha admitido en virtud de la libertad contractual y la libertad de empresa, por cuanto estas cláusulas crearían un desequilibrio evidente de las prestaciones de las partes e infringirían el régimen imperativo de responsabilidad del contrato de transporte aéreo de personas legalmente previsto, a propósito de las denegaciones de embarque, cancelaciones de vuelo y grandes retrasos, además del hecho de que limitan los derechos básicos del consumidor, como es su derecho de compensación en caso de incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del contrato por parte del empresario, por lo que estas cláusulas deberían considerarse nulas por abusivas .

Derivado de lo anterior y referido al tema de la contratación electrónica del transporte aéreo y su relación con el Derecho del consumidor, concluimos que bajo ciertos supuestos no quedará sino aceptar la aplicabilidad de estas normas.

En efecto, si bien en el CCo chileno no se reconoce a los contratos del transporte aéreo como un acto de comercio, no queda sino concluir que la actividad de este sector participa de tal calificación jurídica, lo que guardará directa relación con la posibilidad de aplicar a su respecto la normativa de consumidores por cuanto la existencia de un acto mixto sigue siendo ene el Ordenamiento

chileno, el supuesto de aplicación general. Ante la insuficiencia de normativa existente por muchos años, y el nulo tratamiento doctrinario por parte de los autores o de la academia, fueron los tribunales ordinarios a través de sus pronunciamientos judiciales, quienes aceptaron la aplicación de las normas de la LPDC al contrato de transporte aéreo de pasajeros, proporcionando los primeros criterios al respecto, lo que se ve reafirmado por cierta doctrina jurisprudencial que ha tendido a remediar por medio de sus pronunciamientos la situación de desequilibrio en que se encuentran los pasajeros aplicando muchas veces la LPDC.

Lo anterior, afecta directamente en materia de competencia de los tribunales por cuanto salvo lo establecido con la reciente incorporación al Derecho chileno de una normativa reguladora de los casos de denegación de embarque, cancelación de vuelo o un gran retraso, que conforme lo establece indica que el procedimiento a aplicar y el tribunal competente para conocer de su pretensión, es el mismo que en materia de derechos de los consumidores, no existe claridad alguna al respecto.

En concreto, en el ordenamiento chileno, el CA no establece norma alguna de competencia para las acciones emanadas del contrato de transporte aéreo, salvo las ya indicadas, por lo que para otro tipo de acciones que deban dirigirse en contra del porteador, de alguna de las disposiciones del CA no queda sino concluir que conforme a la regla general consagrada es competente el juez del domicilio del demandado.

No obstante, no podemos soslayar que para el caso que se entienda que el contrato de transporte aéreo se trata de un contrato de consumidores, como en no pocos casos ha ocurrido a juicio de la jurisprudencia nacional, y ante la situación que el contrato se hubiere celebrado por medios electrónicos en que no sea posible determinar el domicilio que corresponda a la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, el domicilio en que se hubiere cometido la

infracción, o el domicilio en que se haya dado inicio a su ejecución, será igualmente competente, conforme lo establece la LPDC , el juez de policía local de aquella comuna en que resida el consumidor. Pero como advertimos, esta norma de competencia sólo será aplicada cuando se entienda que estamos ante un contrato de consumo.

En Derecho uniforme el CM, además de reiterar las cuatro jurisdicciones del CV incorpora una quinta jurisdicción de la que ya hablaba el Protocolo de Guatemala. Esta modificación permitiría al demandante litigar en su país de residencia, pero sólo respecto a la indemnización del daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, por cuanto las restantes acciones de responsabilidad no se incorporan a este quinto foro. Este marco jurídico en su conjunto configura la posibilidad que tiene el demandante de escoger la jurisdicción aplicable conforme las posibilidades que le ofrezca la normativa, da lugar al fenómeno del *forum shopping* en virtud del cual el actor elegirá la jurisdicción que le resulte más favorable.

Con todo, las formas de entender las cuatros jurisdicciones tradicionales; la dificultad práctica y las limitaciones para hacer operar la quinta jurisdicción del CM; y la imposibilidad de pactar arbitraje en el transporte aéreo de pasajeros la nulidad consagrada en el CV y el CM para las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de transporte aéreo o en acuerdos atributivos de competencia que sean anteriores a la producción del daño , implica que esta aparente libre elección no sea absoluta. Sin perjuicio de lo cual creemos que a partir de la utilización de las nuevas tecnologías, como canal de distribución directa del contrato de transporte aéreo, la quinta jurisdicción estaría llamada a aliviar la carga de definir el lugar a través del cual el contrato fue celebrado en aquellos casos en los cuales el pasajero perfeccionó la transacción desde su domicilio .

A propósito de los problemas de determinación del tribunal competente, que se deriva acarrea de precisar conforme a la tercera jurisdicción, cual es el

establecimiento del porteador por cuyo conducto haya sido celebrado el contrato, esta situación adquiere especial importancia en el supuesto de que la celebración del contrato de transporte aéreo se hubiere efectuado por medios electrónicos.

Seguimos la doctrina de los tribunales americanos, establecida en el caso *Polanski v/s KLM Royal Dutch Airlines*, en orden a establecer que el lugar de celebración del contrato será aquel donde se realiza el último acto esencial para su conclusión, que en el caso de las contratos por internet, corresponde al sitio donde el pasajero recibe la confirmación de la compra, y que en la mayoría de los casos corresponde a la residencia del comprador, aun cuando el soporte informático de ventas por internet de la compañía pueda estar en otro país. Además si el porteador es miembro de una alianza, se entiende que tiene también un establecimiento mediante el cual se ha perfeccionado el contrato si otro miembro de la alianza, que emite el billete a su nombre, tiene un establecimiento por medio del cual se realiza la compra por Internet. Participamos de esta doctrina por cuanto creemos que de esta forma se le está otorgando verdadera protección al pasajero.

Respecto de la facilitación del transporte aéreo al momento de utilizar las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En lo referido al problema del tratamiento de los datos personales de los pasajeros, y si bien no es materia que haya sido abordada aún por el Ordenamiento chileno, no nos queda sino resaltar su importancia. Concordamos que la información facilitada por una persona en el momento de celebrar un contrato de pasaje, tiene la consideración de dato de carácter personal. Ante la eventualidad que no siempre la protección de los mismos se vaya a producir mediante los mecanismos propios de tutela de los derechos personales establecidas en las normativas internas, y reconociendo su carácter de derecho fundamental, importante será en el caso chileno contar en un futuro próximo con estatutos relativos al tratamiento de estos datos, en que se contengan reglas claras y específicas para las compañías aéreas y las autoridades, más allá de las imposiciones que se establezcan por terceros

Estados por motivos de seguridad, o incluso a consecuencia de la suscripción de algún acuerdo comercial. Creemos esta será la forma de aminorar el riesgo de eventuales conflictos (como el suscitado Estados Unidos y la Unión Europea), que de prolongarse en el tiempo, sólo ponen en peligro la movilidad de los pasajeros, afectando por tanto a la industria aérea.

En cuanto al mercado de la distribución del transporte aéreo, y quedando a la expectativa de como se desarrollarán las últimas iniciativas de la industria al respecto, en concreto el NDC promovido por la resolución 787 de la IATA, ya autorizado preliminarmente por el DOT, hechas las observaciones del GT29, y ponderadas las críticas de otros intervinientes en la cadena de transporte como las agencias de viaje, no puede soslayar el rol de los SIR como uno de los elementos que más han influido en el desarrollo del transporte aéreo, y por ello nos centramos en su regulación en el derecho comparado y nos ocupamos de analizar la situación chilena.

La información producida por un SIR es sin duda una de las características de la industria, pues permite que todos los operadores e intermediarios tengan disponibilidad de los datos relevantes sobre la oferta de todos los competidores. Es por ello que entendimos que su regulación y régimen jurídico aplicable requería de nuestra atención, ya que por medio de estos sistemas se genera la información básica necesaria y relativa a la celebración del contrato de transporte aéreo, afectando directamente el funcionamiento de la industria ya que su utilización puede constituir una barrera de ingreso al mercado del transporte aéreo generando problemas de competencia

Un operador existente en el mercado, un incumbente, que opere y controle el sistema de reservas genera un diferencial de conocimiento sobre la demanda que constituirá en definitiva una barrera a la entrada de nuevos actores, lo que en el caso chileno, a pesar de su política de cielos abiertos, resulta especialmente

preocupante por los últimos movimientos del mercado que no han tendido sino hacia la concentración.

La propiedad o rol de los SIR, influye en la estructura del mercado, al promover los propios servicios a expensa de los competidores, siendo utilizado por las compañías asociadas como barrera de entrada y produciendo un comportamiento anticompetitivo en la industria.

No deja de llamar nuestra atención la ausencia de regulación específica en nuestro país, más allá de la referencia que se pueda hacer al Anexo Sobre Servicios de Transporte Aéreo del AGCS y de la posible adopción en el futuro del Código de Conducta OACI, por cuanto los últimos procesos de relevancia para el mercado aeronáutico nacional como la fusión LATAM o la decisión de la JAC de abrir unilateralmente y sin reciprocidad los cielos para los servicios de cabotaje, no han hecho mención alguna a la necesidad de regular en forma específica a los SIR.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINI, CLAUDIO A., "La organización industrial del transporte aéreo en Chile" en *Revista de Análisis Económico*, Vol. 23, N° 1, Junio 2008

ALBA FERNANDEZ, Manuel, "Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico"; *Revista de Derecho Mercantil* N°263, 2007, Madrid, 2007.

ALBA FERNANDEZ, Manuel, GARCIA MANDALONIZ, Marta, RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, "*Electronificación de Instrumentos de Transporte Aéreo de Mercancías: El Proyecto E-Freight*", en *Derecho de los Negocios*, N°184, Madrid, 2006.

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio; *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II p. 205.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; *De los Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004

ALVARADO HERRERA, Lucía, "La Autorregulación en la Publicidad Realizada por Medios Electrónicos: Algunas Reflexiones Sobre Confianza On Line", en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, AAVV (MADRID PARRA, Agustín. Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2007.

ARANGO RUEDA, Adriana, "*Aproximación a la formación de contratos en Internet*", en *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*, Legis, Bogotá, 2002.

BALIÁN, EDUARDO NESTOR, "Aspectos Jurídicos de los Servicios de Transporte Aéreo Low Cost" en "*XXXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*", AAVV (FOLCHI, Mario; COMENALE, Michele; LATORRE, Umberto; MORANDI Francesco, TRANQUILLI-LEALI, Rita, coord.), CEDAM, 2010.

BALLESTEROS BARRADOS, ANGEL, "Responsabilidad en el Transporte Aéreo Internacional de Pasajeros: Calificación y Forum Shopping", en *Cuestiones Actuales del Derecho Aéreo*, AAVV (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, Coord.), Marcial Pons, 2012

BALLESTEROS MOFTA, L., "Hacia el difícil equilibrio entre la privacidad y la seguridad: la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 137, 2008 (BIB 2008/56)

BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge "la regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y

comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 n° 2, 2014

BARRIUSO RUIZ, Carlos, *La contratación electrónica*, Dykinson, 3ª edición, 2006.

BARROILHET ACEVEDO, Claudio, BASSO CERDA, Osvaldo, *Conocimiento de Embarque Electrónico*. Librotecna, Santiago, 2005.

BARROILHET ACEVEDO, Claudio, DIAZ DÍAZ, Alejandro, *Derecho del Transporte*, Editorial Libromar Limitada, Santiago, 2002.

BORENSTEIN. S, “*Hubs and high fares: dominance and market power in the US airline industry*”, *Rand Journal of Economics*, vol. 20 N°3, Autumn, 1989

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, Coord. “Comercio Electrónico y protección de los consumidores”, La ley, 2001

BROSETA PONT, Manuel, MARTINEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, 21ª edición, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2014.

BRUNNER, Raphael, “Electronic Transport Documents and Shipping Practice no a yet Married Couple”, en *European Transport Law*, vol. XLIII, N°2, ETL Antwerpen, 2008

CANO ORTEGA, Cristina, “Cláusulas abusivas en el contrato de transporte aéreo: la exigencia de la impresión de la tarjeta de embarque”, en *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, 2013

CANELO, Carola; ARRIETA Raúl, MOYA Rodrigo Y ROMO Rodrigo. “El Documento Electrónico. Aspectos Procesales”, en *Revista Chilena de Derecho Informático*, Mayo, N°4. Santiago. 2004

CAPALDO, Griselda D, “El Transporte Aéreo en la Sociedad de la Información”, AAVV, *Homenaje a Miembros Eminentes. Instituto Iberoamericano del Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial*, Madrid, 2006

CARRASCO BLANC HUMBERTO, Rolando; *Contratación electrónica y contratos informáticos*, Santiago, Editorial La Ley, 2000

CASTELLARES AGUILAR, Rolando; “La desmaterialización de los títulos valores y su transferencia electrónica”, en *Derecho Informático y Comercio Electrónico, Doctrina y Legislación*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Julio 2002

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XI, De las Obligaciones, Vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, 1979

COMENALE, PINTO, MICHELE, “Le nuove formule di commercializzazione dei servizi di trasporto aereo e le agenzie di viaggio” en *ALADA en Córdoba, XXXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, ADVOCATUS, 2012;

- “I documenti elettronici del trasporto” en *Rivista del Diritto Della Navigazione*, 2012, n° 1.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, “Aspectos probatorios de la contratación electrónica”, en “*Derecho y Tecnologías de la Información*” (DE LA MAZA, Iñigo, coord.), Universidad Diego Portales, Fundación Fernando Fueyo Lanery, Santiago, 2002.

CRUZ RIVERO, Diego, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Marcial Pons, 2006.

DAVIES, Martín. “Hacia una nueva convención internacional con respecto al transporte marítimo de mercancía”, en *Cuadernos Jurídicos de la Universidad Adolfo Ibáñez*. Agosto. Santiago. 2002.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Thomson Aranzadi, 3ª edición, 2001.

DE LA MAZA, Iñigo, “El Suministro de Información Como Técnica de Protección de los Consumidores: Los Deberes Precontractuales de Información”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17 - Nº 2*, 2010

DE MIGUEL ASCENCIO, Pedro A. “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales”, en *La Ley*, Año XXXIV, n° 8013, enero 2013.

DÍAZ MORENO, Alberto, *Lecciones de Derecho Mercantil*, AA.VV (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, Coord.), 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V. La responsabilidad Civil Extracontractual*, Thompson Reuters, 2011

DONATO, Marina, “Nuevas medidas de seguridad y facilitación en la aviación civil y sus repercusiones en el turismo”, en *ALADA en Córdoba. XXXV Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, AAVV (FORD FERRER, Guillermo, coord.), Advpcatis, 2012.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, “*El concepto de porteador en el transporte de mercancías*”, Editorial Comares, 2003

EYZAGUIRRE ECHEVERÍA, Rafael. “*Contrato de transporte y nociones de derecho marítimo y aéreo*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1980

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. Y SCOTTI, LUCIANA B. (2013), "La jurisdicción internacional en Los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de La jurisprudencia Francesa: Sébastien Robert c. Société Facebook inc", en *Ars Boni et Aequi* (año 9 n° 1)

FIALE, Aldo, GRIMALDI, Massimiliano, *Diritto della Navigazione Marittima e Aerea*, XIV Edizione, Simone, 2008.

FOLCHI, Mario O, *Transporte Aéreo Internacional-Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional- Montreal 1999*, AAVV (FOLCHI, Mario, dir.), ALADA, 2002;

- "Nuevas perspectivas jurídicas de los sistemas computarizados de reserva", en *Diritto dei Trasporti*, III/1992, p. 789, 790

GARCÍA MÁ, Francisco, Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídicos de la sociedad de la información, 2ª edición, LEX NOVA, 2002

GARCÍA VIDAL, ANGEL, *Screen scraping: Condiciones generales de la contratación, bases de datos y competencia desleal en el conflicto entre Ryanair y las agencias de viaje*, Centro de Estudios de Consumo, UCML, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/29/Documento%20Clientes.pdf>

GARRO, Alejandro M., PERALES VISCASILLAS, Pilar, PÉREZ PEREIRA, María, "Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980", *RCE* N° 48, España, 2004.

GÓMEZ PUENTE, MARCO, *Derecho Administrativo Aeronáutico. Régimen de la Aviación y el Transporte Aéreo*. IUSTEL, 2006.

GÓMEZ SEGADE, José A., Tecnología y Derecho, Marcial Pons, 2001

GONZÁLEZ ALDO, *Barreras a la Entrada en el Mercado Aéreo*, Serie Documentos de Trabajo, n° 280, Departamento de Economía, Universidad de Chile, 2008, disponible en www.econ.uchile.cl/SDT.

GONZÁLEZ MUÑOZ, RAIMUNDO; ROJO RODRIGO, "Acuerdos internacionales en materia de inversión: las implicancias para la soberanía nacional", en *Nomos*, Universidad de Viña del Mar, Chile, n° 1, 2008

GUERRERO LEBRON, María Jesús, "El Transporte Aéreo de Pasajeros", en *Derecho Mercantil*, decimoquinta edición, vol. 8º, AAVV (JÍMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo, DÍAZ MORENO, Alberto, Coords.), Marcial Pons, 2014;

- "Transporte de equipajes: influencia de las aerolíneas de bajo coste en la política de las aerolíneas tradicionales y en la normativa española", en *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, AAVV (DEIANA, Massimo, coord.), Edizioni AV, 2013.

- “La Carta de Porte Aéreo Electrónica. Una Realidad” en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, AAVV (MADRID PARRA, Agustín. Coord), Fundación El Monte, Universidad Pablo de Olavide, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- “La regulación comunitaria de las situaciones de gran retraso en el transporte aéreo de pasajeros. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2006, TJCE 2/2006”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 17, 2006
- “Nuevas Tendencias en la Documentación del Transporte Aéreo de Pasajeros: el Billeto Electrónico”, en *RCE* n° 38, 2006
- *La Responsabilidad Contractual del Porteador Aéreo en el Transporte de Pasajeros*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- “Los Sistemas Informatizados de Reserva: La aplicación del Derecho de la Competencia al Mercado Liberalizado del Transporte Aéreo”, en [*Estudios de Derecho de la competencia*](#), AAVV(PINO ABAD, Manuel, FONT GALAN, Juan Ignacio, Coords.), 2005;
- “Nuevas Tendencias en la Documentación del transporte Aéreo de Pasajeros: El Billeto Electrónico”, en *RCE* n°38, España, 2003;
- “Crédito documentario: su nueva regulación”, en *RCE* n°35, España, 2003
- *Los Documentos de Transporte en las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios*, Cuadernos Mercantiles N° 14. EDESA, Madrid, 2001.

GUISALDO MORENO, Angela, “Formación y perfección del contrato en Internet”, Marcial Pons, 2004

GUZMÁN BRITO, Alejandro, “*Tratado de la prenda sin desplazamiento en el Derecho chileno*”, Editorial Jurídica de Chile, 2011

HAMILTON, Eduardo, “Manual de Derecho Aéreo”, 2ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1960

HEINONEN JURKA, “*The Warsaw Convention Jurisdiction and the Internet*”, *Journal of Law and Commerce*, 2000, vol.65,

IASELLI, Michele, “L’invio telematico di istanze e comunicazioni alla P.A.”, *Diritto Dell’Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Cedam, 2009.

IILESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica*, 2ª edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2009;

- “La Equivalencia Funcional Como Principio Básico Del Derecho de la Contratación Electrónica”, *Revista Aranzadi de Derecho Y Nuevas Tecnologías*, n° 1, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003.
- “Los Principios de Contratación Electrónica Revisitados” en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, AAVV (MADRID PARRA, Agustín. Coord.), Marcial Pons. Madrid, 2007.

- *Los Fundamentos Jurídicos de la Electronificación del Transporte Internacional de Mercancías en la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL Sobre Comercio Electrónico*, 1996. Madrid, 2006.

JARA, Rony, “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: aplicación de la ley N°19.955”, en *“La protección de los derechos de los consumidores en Chile”*, Cuadernos de Extensión Jurídica n° 12, Facultad de derecho Universidad de Los Andes, Santiago, 2006.

JIJENA LEIVA, Renato, *“Comercio Exterior Electrónico”*, en sitio web de Vía Jurídica, publicado en internet <http://www.areajuridica.cl>, visita del 10 de febrero de 2014.

JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo, “Títulos-Valores y Documentos del Transporte”, en *Derecho Uniforme del Transporte Internacional, Cuestiones de Actualidad AAVV* (Agustín Madrid Parra, Coord.), Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

KOTAITE, Assad, *“Transporte Aéreo Internacional, Convenio de Montreal”*, ALADA, AAVV (FOLCHI, Mario, Coord.), Buenos Aires, 2002

LECAROS SÁNCHEZ. José Miguel, *“La responsabilidad civil y la actividad aeronáutica”*, Librotecnia, 2012

LEROY MILLAR, Roger- E. MEINERS, Roger. Economía, 3° edición, Mc Graw Hill, 1998

LEVINE, MICHAEL E., “Fundamentos Económicos de las Aerolíneas y Política de Competencia”, en *Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico*, AAVV (Valdes Prieto Domingo, Vásquez Duque, Omar, Coords.), Legal Publishing, Thompson Reuters, 2014

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; *Los Contratos. Parte General*, Cuarta Edición Revisada y Ampliada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo I

LYCK, PETER; DORNIC, BENJAMIN A., “Electronic Ticketing under the Warsaw Convention: The Risk of “Going Ticketless on International Flights” en *Air&Space Law*, Vol XXII, n° 1 , 1997,

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos. “Las Reglas de Rotterdam (I)”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, Vol. 2, N° 1, Madrid. 2010. Disponible en <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/972/442>;

- “Las Reglas de Rotterdam (II)”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, Vol. 2, N° 2. Madrid. 2010. Disponible en internet, <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1074/499>

MADRID PARRA, Agustín, “Regulación Uniforme de Uncitral del Uso de Medios Electrónicos en Relación con los Contratos de Transporte de Mercancías”, en

Derecho Uniforme del Transporte Internacional, Cuestiones de Actualidad, AAVV (Agustín Madrid Parra, Coord.), Mc Graw Hill. Madrid.1998

- “El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica” en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, AAVV (MADRID PARRA, Agustín, Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2007.
- “EDI (Electronic Data Interchange): Estado de la Cuestión en Uncitral”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 207, Enero-Marzo, 1993.

MAPELLI, Enrique, “Consideraciones Jurídicas sobre el Convenio de Montreal de 1999”, *Simposio de Buenos Aires, 40 Aniversario de ALADA*, Buenos Aires, 2001;

- *Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Colección de Estudios Jurídicos, Vol. II, Medicinali-4, Madrid, 1978

MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, “Transporte aéreo y protección de datos personales: especial consideración a los passenger name record (PNR)”;

“Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros”, Marcial Pons, 2013;

-“Algunas consideraciones acerca de la inclusión por parte de las compañías aéreas de una partida específica en la tarifa por la impresión del billete (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1º, de 12 de diciembre de 2011 -RJ 2012/37-)”, en *Revista de Derecho del Transporte. Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, RDT, 2012, nº9.

MARTÍN PABLO. MARTÍN VICENTE, “Cielos abiertos Unión Europea – Estados Unidos: Una nueva era en la aviación mundial” en *Revista Econômica, Rio de Janeiro*, v 12, n 2, dezembro 2010.

MARTÍN, Jesús de Paz, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. De Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Marcial Pons, 2006.

MARTIN CASTRO, María Paz, -“Nuevas Formas de Documentación del Contrato de Transporte: La Sustitución del Soporte Material por la Documentación Electrónica”, *RCE* nº 7, EDICIP, Cádiz, 2000;

- Novedades en torno a la documentación el contrato de transporte en la Reglas de Rotterdam, en *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, 2013

MARTÍN OSANTE, José Manuel, *Las reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons. Madrid. 2010

MARTIUS, Henri, “The Use of Electronic Means of Communication Under the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods By Road”, *European Transport Law*, vol. XLII, nº3, ETL Antwerpen, 2007.

MATEU DE ROS, Rafael; CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel, coords), Aranzadi, Aranzadi, 2000

MENA RAMÍREZ, Miguel, “La protección del consumidor en el transporte aéreo. La experiencia peruana”, en *“Estudios de Derecho aeronáutico y espacial”*, AAVV (FOLCHI, Mario, GUERRERO LEBRON, María Jesús, MADRID PARRA, Agustín, coords.), Marcial Pons, Madrid, 2008.

MIGUEL, Alicia N., “El Billete Electrónico”, en *Liber Amicorum en Honor al Dr. Enrique Mapelli López* (FOLCHI, Mario, coord.), ALADA, Buenos Aires, 2007.

MORALES RORIGUEZ, José Ramón, “El Transporte Aéreo y la Comunidad Europea”, *Publicación del Instituto Iberoamericano del Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial*, Madrid, 1993.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, *Derecho-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

MORILLAS JARILLO, María José, “La Contratación Electrónica en el Transporte Aéreo”, en *Derecho Patrimonial y Tecnología*, AAVV (MADRID PARRA Agustín, coord.), Marcial Pons, Madrid, 2007.

- “Nuevas Tendencias en el Derecho del Transportes Aéreo” en *Derecho Uniforme del Transporte Internacional .Cuestiones de Actualidad*, AAVV (MADRID PARRA, Agustín, coord.), Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

MORILLAS JARILLO, María, PETIT LAVALL, María, GUERRERO LEBRÓN, María, *Derecho Aéreo y del Espacio*, Marcial Pons, 2014

MOMBERG URIBE, Rodrigo, “Ámbito de Aplicación de la Ley N°19.496 sobre protección de los Derechos de los Consumidores”, *Revista de Derecho*, Valdivia, Chile, v.17, dic. 2004.

NATIELLO, Orlando, “El billete electrónico: regulación jurídica de un avance tecnológico”, *ALADA en Punta del Este, XXXas. y XXXIllas. Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, AAVV (FOLCHI, Mario coord.), ALADA, 2009;

- “Aspectos Jurídicos de Derecho Privado en Turismo y Transporte Aéreo”, en “XXXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial”, AAVV(FOLCHI, Mario; COMENALE, Michele; LATORRE, Umberto; MORANDI Francesco, TRANQUILLI-LEALI, Rita, coord.),CEDAM, 2010

ORÓ MARTÍNEZ, Crístian, “La anulación de la transferencia de datos personales de los pasajeros aéreos a los Estados Unidos. Comentario de la Sentencia del TJCE de 30 de mayo de 2006, C-317/04 y C-318/04, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo contra Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 11 (Octubre 2006)

ORTÍZ BLANCO, LUIS; VAN HOUTTE, BEN, “*Las normas de competencia comunitarias en el transporte*”, Civitas, 1996,

PADILLA GONZALEZ, Rafael, “*Derecho Mercantil*”, AAVV (JIMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., coord.), vol. II, 12ª ed., Aval SA, Barcelona, 2008.

PAREDES M., RICARDO, *Competencia en el Mercado Aéreo Doméstico en Chile*, Documento de Trabajo n°21, Departamento de Economía Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Universidad de Chile, junio 2002.

PEJOVIC, Caslav, “The Straight Bill Of Lading: Do We Really Need It?”, en *European Transport Law*, vol. XL, n°3, ETL, Antwerpen, 2005.

PEINADO GRACIA, Juan, *Derecho Mercantil II*, AAVV (JÍMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo, coord.), 12 edición, Ariel, 2008, p.235

PERALES VISCASILLAS, María, Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores, AAVV (BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, coord.), La ley, 2001

PÉREZ MILLAN, David, “El billete de pasaje aéreo: función de legitimación y necesidad del documento para el ejercicio del derecho al transporte”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 236, año 2007, Madrid, 2007.

PETIT LAVALL, María Victoria, *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*, Biblioteca Jurídica Cuatro Casas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000;

- “El contrato de transporte aéreo de mercancías” en *Tratado de Contratos*, Tomo V, AAVV (Bercovitz Rodríguez –Cano, Rodrigo, dir.), Tirant Lo Blanch Valencia, 2009,

PIERA, Alejandro José, LUONGO, Norberto Ezequiel, “El billete electrónico en el transporte aéreo internacional de pasajeros. Antecedentes, aspectos, prácticos y cuestiones jurídicas”, *ALADA en Punta del Este, XXXas. y XXXIIIas. Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, AAVV (FOLCHI, Mario, coord.), ALADA, 2009;

- “La Jurisdicción en las Formas Modernas de Contratación del Transporte”, en *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal* n° 4, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.1, Copia Electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1640881>

PINOCHET OLAVE, Ruperto, La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información, Parte I: La Oferta Electrónica, *Ius et Praxis*, vol.10, n.2, 2004

PRADO LÓPEZ, Pamela, “Artículo 3 bis”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la protección de los derechos de los consumidores*”, AAVV (DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos, dir.), Thompson Reuters, 2013

PRESTO de GONZALEZ, Alicia, GAGGERO MONTANER, Marta, “Reflexiones Acerca del Billeto Electrónico”, en *Liber Amicorum en Honor al Dr. Enrique Mapelli López*, AAVV (FOLCHI, Mario, coord.), ALADA, Buenos Aires, 2007

PUGA VIAL, Juan Esteban, “*El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*”, Editorial Jurídica de Chile, Edición 2013

RECALDE CASTELLS, Andrés, *El Conocimiento de Embarque y otros Documentos del Transporte, Función Representativa*, Civitas, Madrid, 1992.

- “Electronificación de los títulos-valor”, en *Régimen Jurídico de Internet*, Editorial La Ley, 2002.

RIBAGORDA GARNACHO, Arturo, “Seguridad informática”, en *Derecho del comercio electrónico*, La Ley 2001, Madrid.

RICO CARRILLO, Mariliana, “El Tratamiento Electrónico de los Títulos Valores”, en *RCE* n°24, EDICIP, Cádiz, 2002.

-“Aspectos jurídicos de la contratación electrónica”, en *Derecho de las nuevas tecnologías*. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2007.

RIVA, Jorge Luis, *El crédito documentario y la carta de crédito standby en UCP 600*, AbeledoPerrot, 2008

ROMANELLI, G, “La lettera di trasporto aereo non negoziabile”, en *Diritto dei trasporti*, II/1998, 1 y 2.

RUWANTISSA, Abeyratne, “Electronic Ticketing-Current Legal Issues”, en *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 70 n° 2, SMU Law Review Association, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 13ª edición, Thompson Aranzadi, Madrid, 2008.

SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial, Teoría General de los Títulos de Crédito, Letra de Cambio, Pagaré, Cheque y Títulos Electrónicos o Desincorporados*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición, Santiago, 2001.

- “Convención de Naciones Unidas sobre Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 215-216, año LXXII, Chile, 2004.

- “Principios que Informan el Derecho del Comercio Electrónico”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 210, año LXIX, Chile, 2001.

- *Contratos mercantiles*, tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

- “*Derecho del comercio electrónico, análisis de la ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma*”, 1ª Ed, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003

SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique, “La contratación electrónica, Incorporación de las nuevas tecnologías en el comercio: Aspectos legales”, en *Estudios de derecho judicial*, Madrid, 2006.

SEGURA RIVEIRO, Francisco, “*Algunas Cuestiones Actuales en Torno a la Oferta y la Aceptación*”, disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N3_Temas_contratos/cuestiones_actuales_oferta_aceptacion_franciscoSegura.pdf.

TAMAYO, Braulio; *Nuevos campos para la innovación: Internet y el comercio electrónico de bienes y servicios*, 1999, disponible en <http://www.cibereconomia.freesevers.com/internet/tamayo/>

TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho Aeronáutico*, 2ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2003

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho Informático*”, Mc. Graw Hill, 3ª Edición, 2004.

TENA, Felipe de J., *Títulos de Crédito*, Editorial Porrúa, México, 1956.

TOMPKINS JR, GEORGE, “Internet Purchases and Article 28 of the Warsaw Convention”, en *Air & Space Law*, Vol XXXI /1 (Febrero 2006)

TRIVELLI GONZÁLEZ, María Paz. “El Principio de Neutralidad Tecnológica en la Ley N° 19.799” en *Revista Chilena de Derecho Informático*, Mayo, N°4. Santiago. 2004. Disponible en Internet, <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/>

UGARTE ROMANO, Luis, *Tratado de Derecho Aeronáutico*, Ugarte & Asociados S.C. México, 2000.

URIBE María Angélica, MAXWELL Paul, ULLOA, Maricel, PÉREZ SALAS Gabriel, “La facilitación del transporte bajo el prisma de las reglas de Rotterdam”, *Boletín FAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL*, Edición N° 283 - Número 03 / 2010

VALDÉS PRIETO, Domingo. “*Libre Competencia y Monopolio*”, 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2006

VARGAS WAMAN, Rodrigo. *Algunos aspectos del contrato de transporte aéreo*, Universidad Católica de Chile, 1995

VARAS BRAUN y MOMBERG URIBE, “La oferta en Chile: un ordenamiento, tres regímenes”, en *Temas de contratos*, AAVV (DE LA MAZA, Iñigo, Coord.), Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2006

VASSALLO, CARLOS MARÍA, “Resolución IATA 672. Comentarios sobre la *e-freight* internacional”, en *Suplemento de Derecho Marítimo y Transporte*, Buenos Aires, El Dial, 13 de junio de 2013 (elDial.com – DC1AAF), disponible en <http://cedaeonline.com.ar/2013/06/14/resolucion-iata-672-comentarios-sobre-la-e-freight-internacional/>

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Nota Breve Sobre el Momento de la Perfección del Consentimiento Contractual”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, AAVV (CABANILLAS SANCHEZ, Antonio y otros, coord.) Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Thompson Civitas, 2003

VIDELA ESCALADA, Federico, *Derecho Aeronáutico*, Zavalía Editores, Buenos Aires, 1973

ZAPATER DUQUE, Esther, “La cooperación entre la unión europea y estados unidos en materia de terrorismo: el acuerdo sobre el tratamiento y la transferencia de datos de pasajeros de la Unión Europea en vuelos con origen o destino a EEUU”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 5 (Octubre 2004)

ZUNARELLI, STEFANO, COMENALE PINTO, MICHELE, “*Manuale de Diritto Della Navigazione e dei Trasporti*”, vol. 1, 2 edición, CEDAM, 2013

